

Digitized by Google

Decis. 2 m
4°



Digitized by Google

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Oberhofgerichtsräthe **Betzinger**, **Brauer**, **Dr. Roßhirt**, **Selb**, des Herrn Kreisgerichts-Directors **Dr. Puchelt**, des Herrn Oberstaatsanwalts **Haager**, der Herren Kreisgerichtsräthe **v. Blittersdorf**, **Eimer**, **Eisen**, **Heinsheimer**, der Herren Amtsrichter **Baumstark** und **Reich**, des Herrn Anwalts **Dr. Ladenburg** u. A.

Herausgegeben

von

L. Stempf,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Dreiunddreißigster Band.

Mannheim.

Verlag von J. Bensheimer.

1867.

Digitized by Google



Digitized by Google

Register
zum XXXIII. Band (1867) der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Erläuterungen

a) des Landrechts.

b) des Landrecht-Anhangs.

c) des d. Handelsgesetzbuchs.

d) der d. Wechselordnung.

e) der bürgerl. Prozeßordnung.

Digitized by Google

f) des Strafgesetzbuchs.

g) der Strafprozeßordnung.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 1.

1.

Der Auftrag und die Vollmacht.

Die Definition, welche in Art. 1984 des französischen Civilgesetzbuchs von dem Auftrag gegeben wird, unterliegt vielfachem Tadel. Troplong hebt in seinem Werke du Mandat No. 8 und 9 zweierlei Mängel hervor: erstens werde nur der Thätigkeit des Auftraggebers erwähnt, gleich als ob der Auftrag nur ein einseitiger Akt sei, ferner werde verlangt, daß der Beauftragte im Namen des Auftraggebers handle, wodurch alle Fälle ausgeschlossen seien, in welchen der Beauftragte für den Auftraggeber, jedoch nicht in seinem Namen, handle, wie dies z. B. bei der Commission geschehe. Vrgl. code de c. Art. 91. Die Commission ist eine Unterabtheilung des Auftrags, was aus Art. 92 des code de c. hervorgeht, wo die für den Auftrag gegebenen Bestimmungen für anwendbar auf die Commission erklärt werden. Gegenstand des Auftrags ist daher eine Handlung für den Auftraggeber ohne Unterschied, ob sie in seinem Namen ausgeführt wird oder nicht. Wenn mich ein Freund ersucht, auf meiner Durchreise durch die Stadt Köln für ihn kölnisches Wasser zu kaufen, so wird er schwerlich erwarten, daß ich bei der Ausführung dieses Auftrags dem Verkäufer gegenüber erwähne, daß ich in seinem Namen kaufe; gleichwohl wird Niemand daran zweifeln, daß, wenn ich auch ohne Erwähnung seines Namens kaufe, ich den mir ertheilten Auftrag ausführe, daß mithin mein Auftraggeber verbunden ist, mir die gehabten Auslagen zu ersetzen. In dieser Beziehung ist daher der Tadel von Troplong vollständig gerechtfertigt.

Was dagegen die andere Ausstellung betrifft, so wird das Wort „Auftrag," sowie das entsprechende französische Wort „mandat" in dem Sinne gebraucht, daß darunter die einseitige Thätigkeit des Auftraggebers, nämlich die Ertheilung des Auftrags verstanden wird, wie Troplong selbst sub No. 6 anführt, wo er sagt: le mot mandat a deux significations, l'une plus étendue, l'autre plus restreinte comme synonyme d'ordre d'agir. Art. 1984 setzt daher in dem zweiten Absatz hinzu: le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. In dieser Weise erhält Art. 1984 einen durchaus logischen Sinn: der Auftrag ist ein einseitiger Akt des Auftraggebers, erst wenn die Annahme des Beauftragten dazu tritt, ist ein Vertrag vorhanden. Daran reiht sich ebenso logisch Art. 1985, welcher in dem ersten Absatz davon handelt, wie der Auftrag ertheilt, in dem zweiten, wie er angenommen werden kann. Der Auftragvertrag kommt durch das Zusammenwirken zweier Personen zu Stande, von denen die Eine den Auftrag gibt, die Andere ihn annimmt. Die Folge des geschlossenen Vertrags ist sodann, daß der Beauftragte den Auftrag ausführen, darüber Rechenschaft geben, eingenommene Gelder herauszahlen muß u. s. w., Art. 1991. 1993, und daß der Auftraggeber dem Beauftragten alle Auslagen ersetzen und die etwa versprochene Belohnung zahlen muß. Art. 1999. Der Auftragvertrag erzeugt daher, wie der Kauf, die Miethe, die Pacht, die Gesellschaft, Rechte und Verbindlichkeiten nach zwei Seiten, er gehört zu den zweiseitigen Verträgen (contrat bilatéral ou synallagmatique). Art. 1102. Eben darum scheint Art. 1984 in einer andern Beziehung fehlerhaft, indem er nämlich Auftrag und Vollmacht als synonym, als gleichbedeutend erklärt; sicher aber besteht ein Unterschied zwischen beiden; der Auftrag wird im Interesse des Mandanten oder eines Dritten gegeben; der Mandatar, der den Auftrag annimmt, macht sich verbindlich, Etwas für den Mandanten oder für den Dritten zu thun. Die Vollmacht dagegen ist eine Ermächtigung, Etwas zu thun; der Bevollmächtigte wird dadurch in den Stand gesetzt, die betreffende Handlung vorzunehmen, aber er wird durch Annahme der Vollmacht nicht verpflichtet. Ausstellung und Annahme einer Vollmacht hat daher nicht die nämliche Folge, wie Ertheilung und Annahme eines Auftrags. Im erstern Fall wird nur der Vollmachtgeber verpflichtet, dasjenige anzuerkennen, was der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der Vollmacht gethan hat, wogegen dieser wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, zu handeln. Eben deßhalb gehört die Bevollmächtigung, worunter die Ausstellung und die Annahme einer Vollmacht verstanden werden

Digitized by Google

kann, zu den einseitigen Verträgen (contrat unilatéral). Art. 1103. Die Vollmacht und der Auftrag unterscheiden sich aber auch darin, daß die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten ausgestellt werden kann, während ein Auftrag im Interesse des Beauftragten gar keinen Sinn hat. Streng genommen ist dieser Unterschied nur eine Folge des vorausgehenden. Durch Annahme des Auftrags verpflichtet sich der Mandatar, den Auftrag auszuführen. Wenn nun der Auftrag lediglich im Interesse des Mandatars liegt, so würde er sich durch Annahme dieses Auftrags verpflichten, lediglich im eigenen Interesse zu handeln. Bekanntlich kennt nur die Moral, nicht die Rechtswissenschaft Verbindlichkeiten gegen sich selbst. Niemand kann mich zwingen, in meinem Interesse zu handeln. Jedermann ist Herr seines Vermögens, er kann frei darüber verfügen, daher auch nicht verpflichtet sein, sein Interesse wahrzunehmen. Schon die römischen Juristen machten die Bemerkung, daß ein lediglich im Interesse des Mandatars gegebener Auftrag inhaltslos ist. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur, sagt Gajus in l. 2 D. mandati (17. 1). Ebenso Ulpianus in l. 6 §. 5 D. ibidem: Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit. In §. 6 Inst. de mandato (3. 27) wird von dem Mandat zu Gunsten des Mandatars gesagt: magis est consilium et ob id non obligatorium. Es wäre vielleicht richtiger gewesen zu sagen, ein solches Mandat ist eher eine Vollmacht. Wenn z. B. Jemand Auftrag gibt, für ihn tausend Malter Waizen zu kaufen und den Betrag in einem Wechsel auf X. zu entnehmen, oder wie die Kaufleute sich auszudrücken pflegen, sich auf X. zu erholen, und der Adressat diesen Auftrag annimmt, so macht er sich durch diese Annahme verbindlich, tausend Malter Waizen für den Auftraggeber zu kaufen. Durch die Ausführung dieses Auftrags wird er Gläubiger des Mandanten für den Betrag des Kaufpreises und der Nebenkosten, wie z. B. der Zinsen, der Provision, Transportkosten u. s. w. Für den Betrag dieser seiner Forderung soll er einen Wechsel auf X. ziehen, und sich dadurch für seine Forderung bezahlt machen. Dieser Theil des Auftrags ist in seinem Interesse gegeben und daher als eine Ermächtigung (als eine Vollmacht) aufzufassen. Von diesem Theil des Auftrags kann man nicht sagen: magis est consilium et ob id non obligatorium; vielmehr ist der Auftraggeber verpflichtet, für die Deckung des von dem Beauftragten gezogenen Wechsels zu sorgen, beziehungsweise diesen zu entschädigen, falls der Wechsel nicht bezahlt wird. In diesem Beispiel tritt der Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht ganz klar hervor. Die Annahme des Auftrags verpflichtet den Mandatar, während durch Ausstellung einer Vollmacht der Vollmachtgeber verpflichtet wird. Es liegt aber in jedem Auftrag zugleich eine Vollmacht, weil ohne diese der Beauftragte nicht im Stande wäre, den Auftrag auszuführen. Eben daher rührt die Meinung, Auftrag und Vollmacht seien eins und dasselbe, wie zum Beispiel Art. 1984 beide dermaßen in einander mischt, daß die Definition ganz und gar unrichtig geworden ist. Unter dem Auftrag wird das Ersuchen, Etwas für den Auftraggeber oder für einen Dritten zu thun, unter der Vollmacht dagegen die Ermächtigung, Etwas statt des Vollmachtgebers zu thun, verstanden. Der Auftrag kann im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten, die Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten gegeben werden. Wird der Auftrag angenommen, so macht sich der Beauftragte zur Ausführung verbindlich; wird die Vollmacht angenommen, so ist der Bevollmächtigte zur Ausführung berechtigt oder ermächtigt.

Wenn ich Jemanden beauftrage, hundert Faß Zucker für mich zu verkaufen, und ihm eine Bezugsanweisung für den zu verkaufenden Zucker, welcher in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Spediteur lagert, übersende, so wird durch diese der Beauftragte in den Stand gesetzt, den in Folge des Auftrags verkauften Zucker an den Käufer auszufolgen. Die Bezugsanweisung ist in diesem Fall im Interesse des Ausstellers gegeben. Wenn ich aber den Zucker selbst verkaufe und dem Käufer die Bezugsanweisung behändige, so soll er durch dieselbe in den Stand gesetzt werden, für sich, nicht für mich zu beziehen; sie ist daher in seinem Interesse ausgestellt. Sie hat aber im einen wie im andern Fall dieselbe Rechtsfolge; sie ist eine Ermächtigung, die bei einem Dritten lagernden Fässer Zucker zu beziehen. Das ist der große Vorzug der Vollmacht, daß sie ganz und gar unabhängig von dem Grund ist, aus welchem sie gegeben wurde. Wiewohl mit derselben eine Vermögenszuwendung bezweckt werden kann, wie wir sogleich sehen werden, so schreiben doch die Civilgesetze nirgends vor, daß die causa in der Vollmacht angegeben werden soll. Die Civilgesetze haben sich überhaupt nicht mit der Vollmacht

Digitized by Google

befaßt und den Verkehr nirgends gehindert, dieselbe dem Bedürfniß gemäß auszubilden. Dieser hat die ihm verliehene Freiheit zu benutzen verstanden und bedient sich namentlich der Erhebungsvollmacht in den mannigfaltigsten Formen. Der Bezugsanweisung ist schon gedacht, sie ist nichts Anderes als eine Vollmacht, die auf den Namen des Anweisers irgendwo lagernden Waaren zu beziehen. Ebenso fällt die Geldanweisung unter den Begriff der Vollmacht; denn durch dieselbe wird der Assignatar ermächtigt, die darin benannte Summe zu erheben. Wie die Bezugsanweisung kann auch sie im Interesse des Anweisers oder des Nehmers (Assignatars) gegeben werden, ihre rechtliche Wirkung bleibt die nämliche, d. h. in beiden Fällen ist sie als Ermächtigung zu erheben, als Erhebungsvollmacht aufzufassen. Die meisten Schriftsteller sind anderer Ansicht, indem sie behaupten, die Anweisung enthalte ein zwiefaches Mandat, nämlich das Mandat zu zahlen (Zahlungsmandat), welches der Anweiser dem Angewiesenen gibt, und das Mandat zu erheben (Einkassirungsmandat), welches der Anweiser dem Nehmer (Assignatar) ertheilt. So z. B. Pöhls, Handelsrecht §. 211, Thöl, Handelsrecht § 121, Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts §. 139, Endemann, das deutsche Handelsrecht §. 129. Es ist nun nicht zu bestreiten, daß die Anweisung ein Zahlungsmandat enthält, indem der Anweiser darin den Angewiesenen ersucht, die in der Anweisung benannte Summe an den Assignatar zu zahlen; gerade dadurch wird dieser, dem die Anweisung behändigt wird, in den Stand gesetzt, die benannte Summe zu erheben. Aber ein Auftrag zu erheben, ist wenigstens aus dem Wortlaut der Anweisung nicht ersichtlich, er müßte daher aus der Absicht der Partheien entnommen werden. Nun mag es wohl vorkommen, daß die Geldanweisung wie die Bezugsanweisung zum Zweck der Ausführung eines Auftrags gegeben wird, z. B. wenn Jemand seinen Commis oder Reisenden beauftragt, ausstehende Gelder einzuziehen und ihm zu diesem Behuf Anweisungen auf seine Schuldner behändigt, oder wenn Jemand seinen Correspondenten beauftragt, eine Zahlung für ihn zu leisten und ihm den Betrag in einer Anweisung übermacht; dagegen wird Jeder, der im Geschäftsleben einigermaßen bewandert ist, wissen, daß Anweisungen eben so häufig „in Zahlung“ gegeben werden, wobei an ein Mandat nicht zu denken ist. So z. B. werden in Hamburg alle Zahlungen mittels Anweisungen auf die dortige Bank, welche die angewiesene Summe dem Anweiser ab- und dem Assignatar zuschreibt, gemacht, vrgl. Pöhls l. c. §. 140. Seit Errichtung der Frankfurter Bank herrscht dort dieselbe Uebung. In England ist der Gebrauch der checks (Bankanweisungen) ganz allgemein, und in Frankreich ist darüber erst kürzlich (14. Juni 1865) ein besonderes Gesetz ergangen, welches in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt 10. Bd. S. 30—32 mitgetheilt ist. Aber auch da, wo keine Banken bestehen, ist der Gebrauch, Zahlungen mittels Anweisungen zu leisten, ganz allgemein, und die Gesetzgebungen beschäftigen sich gerade von diesem Gesichtspunkte aus mit der Anweisung, vrgl. z. B. Art. 2010g des badischen Landrechts.

In allen solchen Fällen liegt der Anweisung kein Mandat zu Grund, da der Assignatar die erhobene Summe nicht dem Anweiser ausfolgen, sondern sie für sich behalten soll. Das erkennt auch Endemann l. c. §. 130 an, und er bemerkt deßhalb, in solchen Fällen müsse das Wesen der Anweisung anders erklärt werden, als durch Mandat. Auch verwirft er in der Note 3 die Erklärung, als sei die Anweisung in solchen Fällen ein mandatum in rem suam, welchen Ausdruck er für einen Nothbehelf erachtet. Er meint, die Anweisung sei in solchen Fällen eine Formalobligation insofern, als das innere Rechtsverhältniß zwischen Assignanten und Assignatar darin nicht zum Ausdruck gelangt und nicht zu gelangen braucht. Unter diesem Ausdruck versteht er ein schriftlich gegebenes Versprechen, das ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes (der causa) giltig ist. Wenn man die Anweisung als eine Formalobligation betrachtet, so würde sich daraus ihre Giltigkeit auch für den Fall ergeben, wenn sie keinen Verpflichtungsgrund enthält. Welches aber das Verhältniß zwischen Anweiser und Assignatar ist, wenn wir kein Mandat annehmen, steht dann immer noch in Frage. Ich glaube nun, die Anweisung ist in allen Fällen eine Erhebungsvollmacht; diese Erklärung paßt nicht nur auf diejenigen Fälle, in welchen der Assignatar für sich, sondern auch auf diejenigen Fälle, in welchen er für den Anweiser erheben soll; in beiden Fällen wird er durch die Anweisung zur Erhebung ermächtigt, nur ist im einen Fall die Vollmacht im Interesse des Ausstellers, im andern im Interesse des Nehmers gegeben worden. Die Natur der Anweisung bleibt aber dieselbe, welches auch der Grund sein mag, aus dem sie gegeben wurde. Diesen Vorzug hat die Anweisung, weil sie eine Vollmacht ist. Denn wie

Digitized by Google

schon oben erwähnt, ist gerade dies eine Eigenthümlichkeit der Vollmacht.

Der Creditbrief fällt unter den nämlichen Gesichtspunkt. Unter dem Creditbrief wird bekanntlich ein Schreiben verstanden, in welchem der Schreiber den Adressaten ersucht, dem Accreditirten auf dessen Verlangen Zahlungen bis zum Belauf einer bestimmten Summe für Rechnung des Schreibers zu machen. Es kommen wohl auch unlimitirte Creditbriefe, d. h. solche vor, in denen die Summe, bis zu deren Belauf der Adressat Zahlungen an den Accreditirten zu machen ersucht wird, nicht genannt ist, so daß dieser jede beliebige Summe auf Grund desselben erheben darf. Der Creditbrief kann auch an mehrere Adressaten gerichtet sein, wodurch der Accreditirte in den Stand gesetzt wird, bei Einem oder dem Andern die Creditsumme oder einen Theil derselben zu erheben; in diesem Fall wird die Vorsicht gebraucht, die erhobene Summe auf den Creditbrief selbst zu bemerken, damit der Accreditirte nicht mehr als die Creditsumme erheben kann. Aus dieser Beschreibung des Creditbriefs wird man entnehmen, daß derselbe einen Zahlungsauftrag enthält, welchen der Briefschreiber dem Adressaten ertheilt, weßhalb dieser alle Zahlungen, welche er an den Accreditirten macht, dem Briefschreiber, als dem Mandanten, belastet. Dagegen wird Niemand behaupten wollen, daß der Creditbrief ein Einkassirungsmandat enthält. Der Inhaber des Creditbriefs kann erheben wenn er will, er ist nicht verpflichtet zu erheben; er kann die ganze Summe oder einen Theil derselben erheben; auch kann er zu einer beliebigen Zeit erheben, wobei jedoch zu bemerken ist, daß in den Creditbriefen nicht selten ein Zeitraum, innerhalb dessen die Erhebung stattfinden kann, bemerkt ist. Aus allen diesen Umständen geht wohl zur Genüge hervor, daß der Accreditirte nicht Mandatar ist. Dieser ist zur Ausführung des Mandats, welches er angenommen hat, verpflichtet, während der Accreditirte nach seinem Belieben erheben oder die Erhebung unterlassen kann. Der Mandatar ist verpflichtet, auf die Erhebung den größten Fleiß zu verwenden, also alsbald zu erheben, während der Accreditirte zu der Zeit, die ihm beliebt, erheben kann; mit einem Wort, der Accreditirte ist durch den Creditbrief zur Erhebung ermächtigt, dieser ist für ihn eine Erhebungsvollmacht. Es zeigt sich hier, vielleicht noch vollständiger als bei der Anweisung, der Unterschied zwischen dem Auftrag und der Vollmacht.

Der Accreditirte kann übrigens Mandatar sein, z. B. wenn Jemand einem Andern Auftrag gibt, an einem entfernten Ort Einkäufe für ihn zu machen, und ihn bei einem Banquier dieses Orts accreditirt oder accreditiren läßt. Der Accreditirte ist in diesem Fall Mandatar; wenn er von dem Creditbrief Gebrauch macht, thut er es im Interesse seines Mandanten, um die Zahlungen für die besorgten Einkäufe zu leisten. Gleichwohl ist der Creditbrief auch in diesem Fall kein Einkassirungsmandat, sondern eine Erhebungsvollmacht, denn der Accreditirte ist auch in diesem Fall nicht verpflichtet, zu erheben, vielmehr ist ihm gerade darum ein Creditbrief gegeben, damit er *nach Bedarf* erheben kann, also z. B. gar nicht erhebt, wenn er einen Einkauf überhaupt nicht machen kann, weil er die gesuchte Waare nicht vorfindet oder weil ihm ein Widerruf des Auftrags zugekommen ist. Führt er den erhaltenen Auftrag nur zum Theil aus, so daß er nicht der ganzen Creditsumme bedarf, so setzt ihn der Creditbrief in den Stand, einen Theil derselben zu erheben, den andern Theil unerhoben zu lassen oder auch diesen später zu erheben, wenn es ihm etwa später gelingt, den Auftrag vollständig zur Ausführung zu bringen. Der Creditbrief in den Händen des Mandatars ist daher ebenfalls eine Ermächtigung, kein Mandat, was um so mehr hervortreten wird, wenn der Mandant nicht selbst den Creditbrief ausgestellt, sich vielmehr an einen Banquier gewendet hat, um von diesem einen Creditbrief zu Gunsten dessen, dem er die Einkaufcommission gegeben, zu erhalten. Der Commissionär steht zu dem Banquier, dessen Creditbrief er in Händen hat, in keinem Mandatsverhältniß, gleichwohl kann er auf Grund des Creditbriefs Gelder für dessen Rechnung erheben. Gesandte, welche von ihrer Regierung bei einer fremden Regierung beglaubigt werden, versehen sich häufig vor der Abreise mit Creditbriefen, es wird aber darum Niemanden einfallen, sie für Mandatare des Ausstellers der Creditbriefe zu halten. Selbst fürstliche Personen reisen mit Creditbriefen, an ein Mandatsverhältniß kann dabei nicht gedacht werden; man würde sogar Anstand nehmen, diese Personen als Bevollmächtigte des Ausstellers des Creditbriefs zu bezeichnen, weil man selbst unter diesem Wort eher einen Mandatar als den Inhaber einer Vollmacht versteht, was um so weniger zu verwundern ist, als selbst wissenschaftliche Lehrbücher zwischen Auftrag und Vollmacht, bisher nicht unterschieden haben. So z. B. nennt Zachariä

Digitized by Google

in seinem Handbuch des französischen Civilrechts (4. Aufl.) II Bd. §. 410 den Mandatar „Bevollmächtigten," das Mandat „Bevollmächtigungsvertrag." In §. 416 ist sogar „von der Beendigung der Vollmacht" überschrieben, während die Beendigung des Auftrags gemeint ist. Das badische Landrecht übersetzt mandataire mit dem Wort „Gewalthaber" Art. 1989. 1991 u. ff., ferner mandant mit Gewaltgeber, Art. 1998 u. ff., während, streng genommen, Gewaltgeber synonym ist mit Vollmachtgeber und Gewalthaber so viel bedeutet, als Bevollmächtigter. Diese fortwährende Verwechslung des Auftrags und der Vollmacht mag ihren Grund darin haben, daß in jedem Auftrag die Vollmacht für den Beauftragten liegt, dasjenige zu thun, wozu er beauftragt ist. Aber nicht jeder Vollmacht liegt ein Auftrag zu Grund. So ist es z. B. bekannt, daß bei den Römern in ältern Zeiten der Verkauf von Forderungen nur in der Weise vollzogen werden konnte, daß der Verkäufer dem Käufer eine Vollmacht ausstellte. Der Käufer, welcher auf Grund der Vollmacht die Forderung einzieht, besorgt nicht die Geschäfte des Verkäufers, sondern seine eigenen, er ist daher nicht Mandatar, vielmehr wird er in der römischen Rechtssprache procurator in rem suam genannt. Die Vollmacht ist in seinem Interesse, nicht in dem Interesse des Verkäufers ausgestellt: dieser ist durch den Kaufpreis, den er für die Forderung erhalten hat, vollständig befriedigt, die gegebene Vollmacht bezweckt daher, dem Käufer volle Macht und Gewalt zu geben, über die Forderung nach seinem Belieben zu schalten und zu walten, sie zu erheben oder sie unerhoben zu lassen, sie alsbald oder später zu erheben, je nachdem es ihm beliebt. Er ist in Bezug auf diese Forderung ein wahrer Machthaber. Auch heute noch kömmt der Fall vor, daß der Cedent einer Forderung aus irgend einem Grunde wünscht, die Cession möge dem Schuldner nicht bekannt werden, und deßhalb dem Cessionar eine Erhebungsvollmacht ausstellt. Eine solche Vollmacht ist in diesem Fall im Interesse des Cessionars gegeben, dieser ist nicht Mandatar, sondern Gewalthaber und erhebt die ihm cedirte Summe im eigenen Interesse. Auch hier tritt der Unterschied zwischen Mandat und Vollmacht klar hervor, auch hier würde die Verwechslung beider zu nachtheiligen Folgerungen führen. So z. B. würde es dem eben angeführten Verhältniß sicher nicht entsprechen, wenn der Aussteller der Vollmacht diese widerrufen wollte, während es sich von selbst versteht, daß der Mandant das in seinem Interesse gegebene Mandat willkührlich widerrufen kann. Umgekehrt ist der Mandatar, der das Mandat angenommen hat, zur Ausführung verpflichtet, er kann daher das übernommene Mandat nicht willkührlich zurückgeben, dagegen wird ihm verstattet werden müssen, auf eine lediglich in seinem Interesse gegebene Vollmacht zu verzichten. Die Verwechslung des Mandats und der Vollmacht hat in dem französischen Civilgesetzbuch zu dem Widerspruch geführt, daß Art. 1991 den Mandatar für verbunden erklärt, den übernommenen Auftrag zu vollziehen, während nach Art. 2003 der Auftrag durch Verzicht (rénonciation) des Mandatars erlischt. Art. 2007 wiederholt den Satz, daß der Mandatar, wenn auch unter gewissen Einschränkungen, verzichten kann (peut renoncer), während ein Verzicht doch sonst nur bei Berechtigungen, nicht aber bei Verpflichtungen möglich ist. Der Verfasser des badischen Landrechts scheint den Widerspruch herausgefühlt zu haben, und übersetzt daher renoncer mit dem Wort „aufkündigen." Dadurch ist aber der Widerspruch mit Art. 1991 nicht gehoben. Freilich gilt im französischen wie im römischen Recht der Satz: Nemo ad faciendum cogi potest, weßhalb nach Art. 1142 c. c. die Verbindlichkeit, Etwas zu thun, sich im Fall der Nichterfüllung in Schadenersatz auflöst. Der Mandatar, welcher das Mandat trotz der geschehenen Annahme nicht ausführt, müßte daher Schadenersatz leisten. Kann er aber das übernommene Mandat kündigen? Sicher ist, daß das zu Gunsten eines Dritten übernommene Zahlungsmandat nicht gekündigt werden kann, vrgl. code de c. Art. 121. Auch das deutsche Handelsgesetzbuch erkennt in dem Accept einer Anweisung ein bindendes Zahlungsversprechen. Art. 300 und 301. Umgekehrt kann aber der Bevollmächtigte auf eine Vollmacht, die lediglich in seinem Interesse ausgestellt ist, verzichten. So kann z. B. der Inhaber eines Creditbriefs denselben, wenn er keinen Gebrauch davon gemacht hat, lediglich zurückgeben. Anders verhält sich die Sache, wenn er den für den Creditbrief gegebenen Werth zurückverlangt; denn hat er einen Werth für den Creditbrief gegeben, so ist ein zweiseitiges Geschäft zu Stande gekommen, vermöge dessen der Creditgeber dafür sorgen mußte, daß der Creditnehmer die Creditsumme an dem bestimmten Ort erheben konnte. Die Gegenleistung für diese seine Verbindlichkeit liegt in dem erhaltenen Werth; er kann daher nicht dazu angehalten werden, diesen wieder herauszugeben, vielmehr

Digitized by Google

muß es der Verständigung unter den Partheien überlassen werden, wenn es sich, wie hier, darum handelt, ein fest abgeschlossenes Geschäft wieder rückgängig zu machen. Ebenso wird der Fall zu beurtheilen sein, wenn eine Anweisung oder ein gezogener Wechsel gegen einen Werth gegeben wurde. In diesem Vorgang liegt ein zweiseitiges Geschäft, das nicht willkührlich von dem Einen Theil aufgehoben werden kann. Erwähnung verdient, daß auch förmliche Erhebungsvollmachten in dieser Art begeben werden. Ein Fall mag besonders hervorgehoben werden, weil er unter öffentlicher Autorität vor sich geht: Die Zollvereinsregierungen halten bekanntlich alljährlich Abrechnung über die Vertheilung der Zolleinnahmen; wenn in Folge dieser Abrechnung eine Regierung von einer andern Zahlung zu empfangen hat, so könnte sie durch einen Beamten, den sie mit Vollmacht versieht, die Erhebung besorgen lassen. In diesem Fall läge ein reines Mandat vor; die Vollmacht, welche der Beamte erhält, wäre im Interesse der Regierung, welche ihren Beamten mit der Erhebung betraut, ausgestellt. Die süddeutschen Regierungen wählen aber, wenn sie Zahlungen in Berlin zu empfangen haben, gewöhnlich einen andern Weg, wahrscheinlich deßwegen, weil in Berlin die Zahlungen in preußischem Geld gemacht werden, das erst in süddeutsche Währung umgesetzt werden müßte. Die badische Regierung eröffnet daher gewöhnlich eine Concurrenz unter mehreren bekannten Bankhäusern. Wer von diesen das höchste Gebot macht, erhält die Vollmacht, bei der preußischen Staatskasse die betreffende Summe zu erheben, wogegen das Bankhaus, das unter den Concurrenten den Zuschlag erhält, sich verbindlich macht, die dem übereingekommenen Curs entsprechende Summe in süddeutscher Währung an die Staatskasse abzuliefern. Ist dieser Vertrag zu Stande gekommen, so ist das betreffende Bankhaus nicht Mandatar der Regierung, es macht sich nicht verbindlich, für diese die Erhebung zu besorgen, den höchsten Fleiß auf die Erhebung zu verwenden, die erhobenen Gelder an die Regierung abzuliefern; seine Verbindlichkeit besteht vielmehr darin, die übereingekommene Summe zu der verabredeten Zeit zu zahlen. Die Vollmacht, welche es erhält, ist in seinem Interesse ausgestellt, damit es im Stande sei, zu erheben; es mag daher erheben, wann es will, alsbald oder später. Die Vollmacht hat aber in beiden Fällen, ob die Regierung durch einen Beamten die Erhebung besorgen läßt oder das Bankhaus im eigenen Interesse erhebt, dieselbe Rechtswirkung, d. h. der Bevollmächtigte ist in beiden Fällen zur Erhebung berechtigt, der Zahlende wird in beiden Fällen durch die Zahlung an den Bevollmächtigten befreit. Auch hat die Vollmacht diese Wirkung, ohne daß es nothwendig ist, in derselben das Verhältniß, in Folge dessen sie gegeben wurde, zu erwähnen. Die Vollmacht ist vollständig unabhängig von der causa; sie kann daher ebensowohl dazu dienen, Jemanden eine Summe zu schenken, als dazu, ihm Zahlung zu leisten oder ihm die betreffende Summe zu borgen. Jede mögliche Vermögenszuwendung kann durch die Vollmacht vermittelt werden, das hat der Handelsstand schon früh begriffen, er bedient sich daher der Erhebungsvollmacht unter den verschiedensten Formen. Von dem Creditbrief und der Anweisung war schon die Rede. Dahin gehört auch der gezogene Wechsel. Denn durch denselben wird der Remittent ermächtigt, die Wechselsumme bei dem Bezogenen zu erheben. Das französische Wechselrecht enthält zwar noch die Vorschrift, in dem Context des Wechsels anzugeben, wie der Werth berichtigt wurde, code de c. Art. 110. Da es aber den Ausdruck „Werth in Rechnung" gestattet, und dieser Ausdruck jedes mögliche Verhältniß bezeichnet, so kann die Vorschrift nur als eine rein formelle betrachtet werden. Die deutsche Wechselordnung hat daher mit Recht davon Umgang genommen. Welchen Werth kann es für den Bezogenen haben, zu wissen, aus welchem Grund der Aussteller dem Nehmer den Wechsel gegeben hat; er zahlt, weil er vom Aussteller zur Zahlung beauftragt ist; er fordert vom Aussteller den Ersatz der geleisteten Zahlung, weil diese in Folge seines Auftrags geleistet wurde. Was hat damit das Verhältniß des Ausstellers zum Remittenten zu schaffen? Nicht das mindeste. Es wäre daher eine unzeitige Neugierde, wenn der Bezogene nach diesem Verhältniß forschen wollte, wie auch schon der römische Jurist Paulus bezüglich der delegatio in der l. 19 D. de delegationibus et novationibus (46. 2) sagt. Wenn der Vater seinem auf Universität befindlichen Sohn, der Ehemann seiner in der Fremde befindlichen Frau einen Wechsel sendet, so liegt eine Liberalität zu Grund; wenn der Käufer dem Verkäufer Wechsel für den Betrag des Kaufpreises behändigt, so will er eine Zahlung leisten; wenn Jemand einem Freunde, der in Geldverlegenheit ist, Wechsel ausstellt, deren Betrag dieser nach gewisser Zeit zurückzuzahlen

Digitized by Google

verspricht, so ist zwischen diesen Personen ein Darlehensvertrag zu Stande gekommen. So kann der gezogene Wechsel, wie die Anweisung, den mannigfaltigsten Zwecken dienen: die Verschiedenheit der causa hat aber keine Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses zur Folge; in allen Fällen ist der Inhaber zur Erhebung berechtigt, die Urkunde dient als Erhebungsvollmacht. Ebenso kann der Adressat (der Bezogene, der Angewiesene), der an ihn zahlt in Folge dieser Zahlung den Aussteller der Urkunde in Anspruch nehmen. Dieser Anspruch beruht auf dem Auftrag zu zahlen, den dieselbe Urkunde enthält. Wir haben daher in der nämlichen Urkunde einen Auftrag und eine Vollmacht, und können den Unterschied beider daraus erkennen. Bei dem Creditbrief, bei der Anweisung und bei dem gezogenen Wechsel ertheilt der Schreiber (auch Aussteller genannt) dem Adressaten (Angewiesenen, Bezogenen) den Auftrag, an eine dritte Person zu zahlen. Nimmt der Beauftragte den Auftrag an, so ist er zur Zahlung verbunden; ebenso ist der Auftraggeber verbunden, dem Beauftragten die gemachte Auslage und die etwa bedungene Belohnung (Provision) zu vergüten. Der Auftrag erzeugt Verbindlichkeiten nach zwei Seiten, ist daher ein zweiseitiger Vertrag. Jene Urkunden enthalten zugleich eine Vollmacht für denjenigen, zu dessen Gunsten sie ausgestellt sind; dieser kann auf Grund derselben die darin benannte Summe erheben, und zwar für Rechnung des Vollmachtgebers, d. h. nicht derjenige, der die Summe erhebt, ist zur Rückerstattung verpflichtet, sondern der Aussteller der Urkunde.

Der Inhaber (der Accreditirte, der Assignatar, der Remittent) wird durch Annahme der Urkunde berechtigt, zu erheben, nicht verpflichtet; eine solche Verpflichtung, wo sie besteht, hat immer einen besondern Grund, z. B., wenn die Urkunde gegeben wurde, um den Einzug der betreffenden Summe im Interesse des Gebers zu besorgen. In diesem Fall ist der Auftrag die causa der Ausstellung der Urkunde, die Ermächtigung zur Erhebung ist gegeben, damit der Auftrag ausgeführt werden könne; aus dem gegebenen und angenommenen Auftrag folgt die Verpflichtung zum Fleiß bei der Erhebung, zur Rechnungsstellung, zur Herauszahlung der erhobenen Summe u. s. w. Die Urkunde selbst ist aber auch bei diesem Verhältniß lediglich als Erhebungsvollmacht zu betrachten, welche den Inhaber in den Stand setzen soll, den erhaltenen Auftrag auszuführen. Eine gewöhnliche Vollmacht würde zu diesem Zweck ausgereicht haben. Man wählt aber im Handelsverkehr jene Formen, weil man den Vortheil der Uebertragung dabei im Auge hat. Soll z. B. die Erhebung an einem entfernten Ort geschehen, so kann der Inhaber der Vollmacht diese einem an dem Erhebungsort wohnenden Correspondenten übertragen, und dadurch die Kosten der Reise, ja selbst die Gefahr der Geldversendung ersparen, wenn er mit diesem Correspondenten in Rechnung steht. Der erhobene Betrag wird ihm dann in Rechnung gut geschrieben, und dadurch entweder eine ältere Schuld ausgeglichen oder eine andere Gelegenheit abgewartet, da er im Fall ist, über Gelder an jenem Ort disponiren zu können. Die Möglichkeit einer solchen Uebertragung ist aber nur dann vorhanden, wenn jene Urkunden den Inhaber berechtigen, ohne ihn zu verpflichten, weil bekanntlich Rechte, aber nicht Verbindlichkeiten übertragen werden können. Auch hieraus ergibt sich, daß man den Inhaber jener Urkunden nicht als Mandatar betrachten kann, da der Mandatar Verpflichtungen gegen den Mandanten hat, die nicht übertragen werden können. Bezüglich des gezogenen Wechsels war man früher der Meinung, daß der Remittent nicht ausschließlich berechtigt, sondern verpflichtet sei, den Wechsel zur rechten Zeit zu präsentiren, ihn, im Falle nicht bezahlt wird, protestiren zu lassen, und drgl. m. So ist noch die Auffassung des code de commerce und der ihm nachgebildeten Legislationen. Der 11. Abschnitt des 8. Titels des 1. Buchs hat die Ueberschrift: des droits et des devoirs du porteur. Die Art. 160. 161. 162 sagen: der Wechselinhaber s o l l die Zahlung am Verfalltag fordern, s o l l am andern Tag protestiren lassen, wenn die Zahlung nicht erfolgt u. s. w. Pardessus ist dieser Auffassung nicht gefolgt: er sagt sub No. 428: Die Klage des Wechselinhabers gegen den Aussteller und die Indossanten ist der Formalität des Protests unterworfen; unter dieser **Bedingung** haben sie sich zur Garantie verpflichtet u. s. w. Andere französische Schriftsteller dagegen folgen der Auffassung des code. So z. B. sagt Nougier No. 205: La prémière obligation du porteur consiste à requérir l'acceptation dans certains cas, ferner No. 207: Le second devoir du porteur consiste à réclamer le payement le jour de l'échéance, und No. 210: Le plus important de tous les devoirs du porteur, c'est de constater le refus du payement essayé. Diese Auffassung war auch die herrschende in Deutschland. Meines Wissens hat zuerst Thöl

Digitized by Google

energisch darauf hingewiesen, daß der Wechselnehmer nur berechtigt, nicht verpflichtet ist, daß was man bisher als Verpflichtung desselben auffaßte, nur Bedingung der Ausübung seines Rechtes ist. Vrgl. dessen Handelsrecht §. 183 (zweite Auflage §. 195). Seitdem ist diese Auffassung allgemein geworden und die deutsche W.O. hat dieselbe in Art. 41 u. ff. sanktionirt. Die Bedeutung dieser Auffassung liegt darin, daß wenn der Remittent, wie man früher annahm, zu irgend einer Leistung z. B. zum Fleiß bei der Erhebung verpflichtet wäre, er nicht durch Indossirung des Wechsels aus dem Verband ausscheiden könnte, sondern dem Aussteller für die rechtzeitige Präsentation des Wechsels verhaftet bliebe. Dadurch wäre die Cirkulirung der Wechsel erschwert, ja diese würden ihren großen Werth für den Verkehr größtentheils einbüßen. Es steht aber fest, daß wer einen Wechsel indossirt, wohl von dem Nachmann (dem Indossatar oder dessen Rechtsfolger) keineswegs aber von einem Vormann (von dem Aussteller oder Indossanten) aus dem Wechsel in Anspruch genommen werden kann, eben deßhalb kann er auch, diesen gegenüber, nicht verpflichtet sein. Was man früher als Verpflichtungen auffaßte, sind Bedingungen des Regresses. Der Inhaber eines Wechsels kann über diesen ganz willkürlich verfügen; er kann am Verfalltag erheben oder die Erhebung unterlassen — er ist Niemanden deßhalb verantwortlich. Der Wechsel ist sein Eigenthum, er kann ihn zerreißen, er kann dem Schuldner die Wechselsumme ganz oder theilweise erlassen. Will er aber einen Vormann wegen Nichtzahlung des Wechsels in Anspruch nehmen, dann und nur dann muß er diejenigen Formalitäten erfüllen, von deren Beobachtung Gesetz oder Herkommen den Regreß abhängig gemacht hat.

Da Thöl vorzugsweise diese Auffassung des gezogenen Wechsels vertritt, so ist zu verwundern, daß er bezüglich der Anweisung fortwährend an der Ansicht festhält, der Assignatar sei Mandatar §. 121 und 124 l. c. Die kaufmännischen Anweisungen werden im Verkehr meist wie gezogene Wechsel behandelt und verschiedene Partikulargesetze haben sie denselben mit geringen Ausnahmen gleichgestellt. So das bairische Gesetz vom 29. Juni 1851, das sächsische Gesetz vom 7. Juni 1849, das Frankfurter Einführungsgesetz vom 27. März 1849 §. 12. Vrgl. Kletke, die Wechselgesetzgebung sämmtlicher deutscher Staaten, Berlin 1854 S. 115. 283. 144. Solche Anweisungen müssen daher gerade so wie gezogene Wechsel aufgefaßt werden; aber auch die gewöhnliche Geld-, sowie die Bezugsanweisung fällt unter diesen Gesichtspunkt, nicht minder der Creditbrief. Daraus mag man entnehmen, wie häufig der Gebrauch der Erhebungsvollmacht, und wie wichtig es ist, Vollmacht und Auftrag gehörig aus einander zu halten.

Dr. Ladenburg.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Januar 1867. No. 1.

Anzeige.

Mit No. 40 wurde das zweite Semester des Jahres 1866, und damit der XXXII. Band der Annalen geschlossen.

Die rege Theilnahme von Mitarbeitern an den Annalen, wie die sich mehrende Zahl grösserer Aufsätze macht im künftigen Jahre eine Erweiterung auf 48 Bogen nothwendig.

Die Verlagshandlung war hierdurch genöthigt, den bisherigen Preis des Semesters von fl. 2. 30 kr. auf 3 Gulden zu erhöhen. Wie bisher wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

Die grossherzoglichen Postämter wie die Buchhandlungen sind in den Stand gesetzt, die Zeitschrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Bestellungen auf das erste Semester des Jahres 1867 gefälligst bald gemacht werden.

Mannheim im Dezember 1866.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 1.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Januar 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 3. Januar.	
119	Schumacher gegen Koos. — Pachterfüllung.	Strauß. — A. Gutmann.
96	Ruf gegen Zuber. — Miteigenthum.	Effer. — Friedmann.
	Dienstag den 8. Januar.	
106	Vögele gegen Bazoche. — Forderung.	A. Gutmann. — Eckhard.
108	Rink gegen Sailer. — Vertragserfüllung.	v. Feder.
	Donnerstag den 10. Januar.	
117	Stoll gegen Ehrenstetten. — Wasserbenutzung. . . .	Effer. — Grimm.
	Dienstag den 15. Januar.	
107	Müller gegen Frank. — Sicherheitsarrest.	Mays. — Schulz.
113	Lumpp gegen Lumpp. — Forderung.	A. Gutmann. — Schenkh.
	Donnerstag den 17. Januar.	
116	Rößner gegen seine Frau. — Ehescheidung.	Ettlinger. — Scholl.
114	v. Eichthal gegen Darmstädter Bank. — Gewährleistung. . .	Wengler. — Ladenburg.
	Dienstag den 22. Januar.	
121	Müller gegen Treyer. — Ungültigkeit einer Vermögensübergabe. .	Strauß. — Grimm.
118	Loos gegen Schmidt. — Forderung.	Weeber. — Schulz.
	Dienstag den 29. Januar.	
112	Stocker gegen Welte. — Theilung.	Effer. — Bertheau.
	Donnerstag den 31. Januar.	
109	Scheffel gegen Janke. — Mißbrauch von Verlagsrechten. . .	Schulz. — Kusel.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Soeben wurde ausgegeben:

Das

Strafgesetzbuch

für

das Großherzogthum Baden

nebst **Abänderungen** und **Ergänzungsgesetzen**, mit Einschluss der **Gesetze** über **Presse, Vereine** und **Ministerverantwortlichkeit**

mit Erläuterungen

von

Dr. S. Puchelt,

grossherzoglich badischem Kreisgerichtsdirektor.

I. Abtheilung.

(Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 und allgemeiner Theil des Strafgesetzbuches.)

Preis eleg. brochirt fl. 2.

☞ Die zweite Abtheilung wird in Kürze, der Schluss vor nächstem Frühjahre nachfolgen.

In vierzehn Tagen werden ausgegeben die Schlusslieferungen von:

Die

neue Civilgesetzgebung

des

Grossherzogthums Baden.

Vollständige Sammlung der wichtigsten Gesetze und Verordnungen über **Civilrecht, Handelsrecht, Organisation** und **Prozessrecht.**

Die

neue Strafgesetzgebung

des

Grossherzogthums Baden.

Vollständige Sammlung sämmtlicher Gesetze und Verordnungen über **Strafrecht** und **Strafverfahren.**

Es wird alsdann das Werk, welches sämmtliche badische Gesetze enthält, complett vorliegen, und sehen wir recht zahlreichen Bestellungen entgegen.

Mannheim, im Dezember 1866.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 2.

2.

Der Eid über unvordenkliche Verjährung.

Annalen 1866 No. 28 Ziff. 105 S. 225 ff.

In Sachen
des Johann Nepomuk Rümmelin von Zell, Namens der Stadtgemeinde Zell, Klägers, Appellaten, Oberappellanten,
gegen
Herrmann Montfort von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,
Eigenthum und Wegrecht betr.,

war der Kläger in doppelter Eigenschaft klagend aufgetreten, indem er mit Vollmacht von Seiten der Gemeinde Zell und für sie den in der Klage bezeichneten Flächenraum als Eigenthum, oder doch als Gegenstand einer darauf — durch zehn- oder dreißigjährige, und äußersten Falls durch unfürdenkliche Verjährung erworbenen — Weggerechtigkeit, in zweiter Reihe aber fürsorglich für sich selbst dieselbe Gerechtigkeit als Nothweg im Sinne des L.R.S. 682 in Anspruch nahm.

Da die vorgelegte Vollmacht der Vorschrift des §. 12 der Verordnung vom 14. Juli 1834 — Rggsbl. No. 34 — entsprach und auch die Klagenhäufung von der Majorität für statthaft erachtet wurde, da ferner die Verwerflichkeit des Eigenthumsanspruchs, sowie des, auf zehn- oder dreißigjährige Verjährung und auf Landrechtsfatz 682 gestützten, Anspruchs einer Weggerechtigkeit (Nothweg) mit den vordern Instanzen angenommen ward, so erübrigte nur noch der auf eine unfürdenkliche Verjährung gestützte Anspruch einer Weggerechtigkeit, der nach den kreisgerichtlichen Entscheidungsgründen in der mündlichen Verhandlung besser, als in der Klage, den Voraussetzungen des L.R.S. 691 entsprechend, thatsächlich begründet worden war, und deßhalb beim Widerspruche des beklagten Theils zum Beweise ausgesetzt wurde.

Der auferlegte Beweis war lediglich durch Eideszuschiebung und zwar dahin angetreten, daß der Beklagte schwöre: „Er wisse nicht und habe aller sorgfältigen Nachforschungen ungeachtet, die Ueberzeugung nicht erlangt, daß vom 1. Januar 1810 rückwärts die Gemeindebürger von Zell den Weg g des Planes seit unvordenklicher Zeit immer als öffentlichen Weg zum Gehen und Fahren benützt haben." In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 8. November 1866 ist jedoch ausgeführt:

rc. Weder diese Eideszuschiebung, noch der durch das kreisgerichtliche Urtheil auferlegte Eid, wonach „das durch unvordenkliche, am 1. Januar 1810 bereits vollendete, Verjährung erworbene Recht" beschworen werden sollte, — kann für statthaft erkannt werden.

Nach §. 530 der Pr.O. ist, wo es sich nicht um eigene Handlungen des Schwörenden handelt, eine Eideszuschiebung nur zulässig über Handlungen seiner Rechtsvorfahrer oder solcher Personen, für deren Handlungen er haftet, und zwar in der Formel, daß er „sorgfältiger Nachforschung ungeachtet, die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß rc.

Im vorliegenden Falle wird nun aber nicht nur eine weiter gehende Formel, als das Gesetz gestattet, angewendet, sondern es soll auch der Eid über die Wahrnehmung und Wissenschaft dritter Personen, die sich nicht als Rechtsvorfahrer im Sinne des Gesetzes darstellen, und sogar über einen bloßen Rechtsbegriff geleistet werden, worüber der Schwörende nicht auf sinnliche Wahrnehmungen hin auszusagen, sondern mittelst geistiger Thätigkeit ein Urtheil zu fällen hätte, — zudem über Verhältnisse, deren eigene Wahrnehmung dem Schwörenden — weil über seine Lebenszeit zurückgehend — physisch nicht möglich ist, und zu deren sorgfältiger Erforschung ihm zwar die eidliche Auflage gemacht wurde, ohne daß ihm hiefür jedoch irgend Erforschungsmittel an die Hand gegeben wären, um sich eine bestimmte Ueberzeugung über das Eidesthema zu bilden, ja wo sogar die Möglichkeit hiezu ausgeschlossen ist, da es sich hier nicht nur, wie sonst bei der unvordenklichen Verjährung, um das Bewußtsein der jetzt Lebenden, sondern derjenigen handelt, welche

Digitized by Google

vor dem 1. Januar 1810, wo die Verjährung schon vollendet sein mußte, gelebt haben.

Die Zuschiebung, wie die Auflage eines Eides über eine im Jahre 1810 bereits vollendete Verjährung verstößt hiernach — wenn nicht gegen bestimmte gesetzliche Vorschriften — doch jedenfalls gegen den Geist des Gesetzes und allgemeine Rechtsprinzipien; sie erscheint daher schlechthin und in jeder hiefür ersonnenen Formel als unstatthaft.

Red.

Anmerkung.

In dem eben mitgetheilten Falle ist der oberste Gerichtshof durch Stimmenmehrheit (einzelne Stimmen waren für Vereinfachung der Eidesformel) von seiner frühern und selbst noch in neuerer Zeit festgehaltenen Praxis, wornach die Eideszuschiebung zum Beweise der unvordenklichen Verjährung im Falle des Landrechtsatzes 691 für zuläsig erachtet wurde, abgegangen. Da der Gerichtshof Bedenken gegen seine Jurisprudence nicht leichthin Eingang zu gestatten pflegt, so darf vorausgesetzt werden, daß jenes nicht ohne reifliche Prüfung und die triftigsten Gründe geschehen ist, und die neueste Ansicht forthin die Norm für Entscheidung künftiger Fälle bilde, dabei ist übrigens zu bemerken, daß jene frühere Praxis nie ohne Widerspruch geblieben und dieser mehr und mehr und in verstärktem Maße geltend gemacht worden ist. Mochte auch eine solche Eideszuschiebung in einer Periode, welche dem Jahre 1810 — dem Endziele jener Verjährung — näher lag, noch für statthaft erachtet werden, so trat doch die Unzuläßigkeit jenes Beweismittels mit jedem Jahre und je mehr man sich von jenem Endziele entfernte, desto augenfälliger hervor, und in der That war wohl bereits der äußerste Termin überschritten, wo noch auf einen solchen Eid erkannt werden durfte, ohne dem Gewissen des Schwörenden einen nicht zu rechtfertigenden Zwang anzuthun.

3.

Beholzungsrecht von Gemeinden an Waldungen der Standesherrschaft Fürstenberg.

Saig gegen Fürstenberg.

Oberhofgerichtliche Entscheidung: Zwiefältiger Character des Rechts. (Gemeinderecht und Privatrecht.) Insbesondere über Unwirksamkeit des Verzichts eines einzelnen Hausbesitzers, wenn der Holzbezug vom Besitz gewisser Häuser durch Gemeindeangehörige abhängt.

In den Gemeinden der ehemaligen Herrschaft **Lenzkirch**, Oberlenzkirch, Unterlenzkirch, Saig, sowie in den Gemeinden Göggingen und Schnerkingen, welche beiden Letzteren nach Anton Mayer's Beiträgen zur Geschichte des badischen Civilrechts (S. 106) zur Herrschaft Möskirch gehörten, hatte die Gesammtheit der Gemeindeangehörigen seit älteren Zeiten das Recht des Holzbezugs aus dortigen Waldungen der fürstlichen Standesrecht Fürstenberg.

Im Laufe der Zeiten, insbesondere in neuerer Zeit unter dem Einfluß einer strengeren Forstwirthschaft und Forstpolizei und verschiedener Rechtsvorgänge, namentlich sogenannter Regulative und Liquidationsprotokolle, wodurch eine nähere Regelung der stets drückender werdenden Last bezweckt wurde, sowie auch theilweise der erlöschenden Verjährung nach L.R.S. 706. 708 erlitten diese Holzberechtigungen, und zwar in den einzelnen Orten nicht in ganz übereinstimmender Weise, eine mehr oder weniger erhebliche Umbildung. Es wurde deren Umfang überhaupt in festere Grenzen eingeschlossen, zum Theil erschien auch die Ausübung durch die Gemeindeangehörige in der Art beschränkt, daß nur diejenigen Gemeindeangehörigen, welche gewisse Häuser besaßen, nach Maaßgabe ihres Bedürfnisses berücksichtigt wurden.[1])

Der Character der erwähnten Holzberechtigungen bietet insofern eigenthümliche Schwierigkeiten für eine richtige Würdigung der hiebei auftauchenden mannigfaltigen Streitfragen, als das Recht des Holzbezugs von der einen Seite, was das Verhältniß der Gemeinde zu ihren Angehörigen betrifft, unverkennbar unter den Gesichtspunkt des Gemeinderechts, somit des öffentlichen Rechts[2]) fällt, während es auf der anderen Seite, was das Verhältniß des belasteten Waldeigenthümers zu der berechtigten Gemeinde betrifft, unzweifelhaft unter den Gesichtspunkt eines Dienstbarkeitsrechts[3]), somit des bürgerlichen Rechts zu stellen

[1]) Auch die Unterscheidung von Bauern und Söldnern oder Taglöhnern in Bezug auf die Größe des zu verabfolgenden festbestimmten Maßes kommt vor. Vrgl. Fröhlich, die Gemeindegesetze, 2. Aufl. S. 161, Anmerkung.

[2]) Vrgl. Fröhlich, die Gemeindegesetze §. 104 S. 157 ff., §. 108 S. 182.

[3]) Das badische Landrecht (Buch II. Tit. 4. 5, womit Bd. 1 S. 507 und Bd. 5 S. 239. 249 der Erläuterungen zu vergleichen

Digitized by Google

ist. Auf diesen eigenthümlichen Character muß bei der Entscheidung der bezüglichen Streitfragen stets die gebührende Rücksicht genommen werden, und es können besonders in dieser Richtung, zumal bei der verschiedenartigen Gestaltnng des Holzbezugs in einzelnen Gemeinden, abweichende Meinungen leicht Raum finden.

In der That sind auch über jede der obenerwähnten Holzberechtigungen bereits mehrere Prozesse zur Entscheidung des obersten Gerichtshofes gelangt, indem der Vollzug und die Anwendung der hiewegen ergangenen Urtheilssprüche wieder neue Streitigkeiten hervorriefen.

Von den bezüglichen Entscheidungen (nicht alle bieten ein allgemeines Interesse dar) ist bereits eine, in Sachen der Gemeinde Göggingen gegen Fürstenberg am 26. März 1863 erfolgte in Band 29 S. 106 der Annalen mitgetheilt worden.

Hieran soll sich nun die Mittheilung einer weiteren oberhofgerichtlichen Entscheidung vom 4. October 1866 in Sachen der Gemeinde Saig und der Gemeindeangehörigen Jakob Feser, Leopold Schäuble und Genossen gegen Fürstenberg reihen. Neben einigen Fragen von untergeordneter Bedeutung kam hiebei die Frage, ob und inwieweit das Recht des Holzbezugs durch den Verzicht eines einzelnen holzberechtigten Hausbesitzers aufgehoben wird, zu näherer Prüfung und Erledigung, und es nahm der Gerichtshof in letzterer Beziehung eine von der früheren etwas abweichende Ansicht an, nachdem schon vorher bei der Entscheidung der Sache Schnerkingen gegen Fürstenberg nach den Gründen des Urtheils vom 26. October 1865 jene frühere Ansicht mittelbar aufgegeben worden war.

Die Civilkammer sah den Verzicht als wirksam und entscheidend an, wies daher die Klage ab, der Appellationssenat entschied im entgegengesetzten Sinne, ebenso das Gericht des letzten Rechtszugs.

Gründe des Oberhofgerichts.

— — Der jetzige Klaganspruch der Gemeinde Saig, sowie des Leopold Schäuble und Jakob Feser, als gegenwärtige Besitzer, und der weiteren Mitkläger als frühere Besitzer der Häuser No. 2 und No. 9 (Rauferhof und Mattenhof) stützt sich im Allgemeinen auf eine bereits durch das diesseitige Urtheil vom 18. Juni 1861 im Ganzen übereinstimmend mit dem hofgerichtlichen Urtheil vom 30. November 1860 in Sachen der Gemeinde Saig gegen die beklagte fürstliche Standesherrschaft in der Hauptsache festgestellte Holzberechtigung.

Nach dieser früheren Entscheidung ist die Beklagte schuldig:

I. denjenigen Angehörigen der klagenden Gemeinde, welche Häuser besitzen, die nach dem Liquidationsprotokoll vom Januar 1815 holzberechtigt sind, das nöthige Brennholz, sowie auch Bau- und Nutzholz, vorbehaltlich näherer Liquidation hinsichtlich des Quantums, beziehungsweise der Art und des Quantums, desgl.

II. denjenigen Angehörigen der genannten Gemeinde, welche holzberechtigte Häuser besessen haben, und ihren Ehefrauen je ein Klafter Brennholz jährlich aus den im Umfange der ehemaligen Herrschaft Lenzkirch gelegenen Waldungen, soweit sie die Beklagte bis zum Jahre 1810 besessen, mit einem Flächengehalt von 3146 Morgen 132 Ruthen u. s. w. zu verabreichen.

Klägerischer Seits wurde behauptet, daß zu den Holzberechtigten gemäß Ziff. I. auch Leopold Schäuble und Joseph Feser als Besitzer der bereits oben bezeichneten Häuser (Hofgüter) gehören, welche früher, von 1837 bis 1848, beziehungsweise 1837 bis 1842, von Posthalter Ketterer von Vöhrenbach besessen wurden, später aber, wie näher angegeben wurde, an die weiteren Mitkläger und zuletzt an die jetzigen Besitzer gelangten. (Die bezüglichen Eigenthumsübergänge, von der Beklagten früher beabredet, sind im Laufe des Prozesses, wie in den Gründen hier näher dargelegt ist, außer Zweifel gestellt worden.)

Schon in der Klage wurde von den Klägern die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines von dem genannten Posthalter Ketterer durch Ablösungsvertrag vom Jahr 1837 geleisteten Verzichts auf die Holzberechtigung zur Sprache gebracht, eine Frage, die in Wahrheit den Hauptpunkt des ganzen vorliegenden Streites bildet; der Verzicht wurde als ungültig angefochten und neben dem Begehren der Anerkennung der Holzberechtigung durch die Beklagten bezüglich der betreffenden

---

ist) faßt, der früheren Rechtsanschauung entsprechend, alle hierher gehörigen Rechtsverhältnisse als Dienstbarkeiten (sogenannte deutschrechtliche Servituten) auf. Einer besonderen Hervorhebung der jetzt zum Theil als Reallasten besonders ausgezeichneten bezüglichen Holznutzungen bedarf es daher hier nicht.

Vrgl. übrigens Beseler, deutsches Privatrecht, 2. Aufl. 1866 §. 195 S. 808 ff. 811 und 812. Gerber, deutsches Privatrecht §. 148 Note 1. Bluntschli, deßgl. §. 59 No. 3. 4. 5 §. 89–91.

Siehe auch Annalen Bd. 23 S. 110.

Häuserbesitzer und der Nachlieferung des seit dem Jahre 1848 nicht mehr gelieferten Brennholzes an dieselben allerdings auch die Nichtigerklärung des fraglichen Verzichts schon im Voraus verlangt.

Seiner eigentlichen Natur nach bildete jedoch der von beklagtischer Seite geltend zu machende und auch geltend gemachte Verzicht den Grund einer Einrede, welcher die Replik der Ungültigkeit entgegengestellt wurde. Die Kläger hätten füglich erst das Vorbringen dieser Einrede von Seiten der Beklagten abwarten können; allein der rechtliche Stand der Sache ändert sich nach richtigen Grundsätzen des Prozesses dadurch nicht wesentlich, daß die Klage den betreffenden Streitpunkt schon im Klagvortrag vorgreifend zur Sprache brachten und einen besondern Antrag auf Ungültigerklärung des Verzichts beifügten, wie das großh. Kreis- und Hofgericht mit Recht angenommen hat.

Wenn man demgemäß von dem fraglichen Verzicht vorerst absieht, so zeigt sich der erhobene Anspruch, so weit er zuerkannt ist, als rechtlich begründet.

Es wurden zwar der Klage verschiedene Beanstandungen entgegengesetzt, dieselben erscheinen jedoch als grundlos.

Was zunächst das beanstandete Klagrecht der klagend aufgetretenen Personen betrifft, so ist bereits durch die Entscheidung des Vorprozesses unzweifelhaft anerkannt, daß der Gemeinde Saig, die das fragliche Holzrecht zu Gunsten bestimmter bürgerlicher Einwohner in Anspruch nahm, das Recht zustehe, für ihre betreffenden Angehörigen klagend aufzutreten. Schon vermöge ihres Markungsrechtes würde der Gemeinde in einem Fall, wie der vorliegende, dieses Recht zukommen, wie der diesseitige Gerichtshof in ähnlichen Fällen stets angenommen hat.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. 11 S. 250 und Bd. 13 S. 319.

Es steht jedoch der Gemeinde Saig nicht blos die Befugniß, die betreffenden Angehörigen im Prozeß zu vertreten, sondern auch vermöge ihres eigenen Interesses in der Sache selbst ein näheres Recht zur Seite, wie sich aus der später folgenden weiteren Ausführung ergibt.

Insofern hier die erworbenen Rechte einzelner betreffender Hausbesitzer auf bestimmte Holzbezüge, insbesondere schon verfallene, rückständige Bezüge in Frage stehen, ist auch das Recht dieser unmittelbar Betheiligten, ihre bezüglichen Forderungen im Klagwege geltend zu machen, vollkommen begründet.

(Von der Beklagten wurde auch die Klagbegründung als blos auf frühere Urtheile sich stützend, welche aber die behauptete bestimmte Entscheidung gar nicht enthielten, angefochten. Diese Anfechtung wurde in minder formeller Auffassung des Klagvortrags nicht für begründet erkannt. Die hierauf bezügliche Ausführung kann hier wegbleiben.)

Als Hauptfrage des ganzen Streites ist die Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob der erwähnte Verzicht des Posthalters Ketterer von Vöhrenbach den Klägern gegenüber als ein gültiger und wirksamer erscheint und demnach dem Klaganspruch entgegensteht?

Hierbei ist denn vor Allem die rechtliche Natur des zu Grunde liegenden Anspruchs, der Character der fraglichen alten Holzberechtigung, näher in Betracht zu ziehen:

In dem diesseitigen Urtheil vom 18. Juni 1861, beziehungsweise dessen Entscheidungsgründen, ist ein ausdrücklicher, entschiedener Ausspruch bezüglich der Frage, ob die mehrerwähnte Holzberechtigung der Gemeinde Saig als solcher zustehe, und ihre Angehörigen insofern nur aus öffentlich-rechtlichem Titel und Herkommen die Holzabgabe beanspruchen können, allerdings nicht zu finden. In den Entscheidungsgründen ist hinsichtlich dieses Punktes nur bemerkt, es sei ganz gleichgültig, ob man die Gemeinde selbst oder die Gemeindeangehörigen, welche die Berechtigung seither ausübten, als die eigentlich Berechtigten ansehe. Die bestimmte Entscheidung dieses Punktes wurde somit damals, als nicht nothwendig, umgangen. Eine Entscheidung in dem der jetzigen Klagbegründung entgegengesetzten Sinn kann daher ebensowenig, ja noch weniger in dem angeführten Urtheilsspruch gefunden werden.

Die hiernach der jetzigen Entscheidung vorbehaltene Frage ist nun aber im Sinne der Kläger zu bejahen:

Es liegt nämlich, nach Maaßgabe der durch die Entscheidung des Vorprozesses festgestellten Verhältnisse und nach Inhalt der Vorakten, hier ein Recht vor, das zwar in der Hauptsache einen privatrechtlichen Charakter hat, dabei aber als eine ursprünglich der Gesammtheit der Gemeindeangehörigen zukommende Berechtigung auch mit dem Gemeindeverband und der Gemarkungsherrschaft in wesentlichem

Digitized by Google

Zusammenhang steht, und insofern, in dieser Richtung, unverkennbar zugleich einen öffentlich-rechtlichen Charakter an sich trägt.

Aus den Entscheidungsgründen zum hofgerichtlichen Urtheil vom 30. November 1860 im Vorprozeß zwischen der Gemeinde Saig und der Beklagten (zu I.), sowie zum diesseitigen Urtheil vom 18. Juni 1861 in eben jenem Prozeß ergibt sich unzweifelhaft, daß die Gemeinde Saig zu den holzberechtigten Gemeinden der ehemaligen Herrschaft Lenzkirch gehörte. In dieser Rücksicht ist daher auch die Vergleichung der ähnlichen Holzberechtigungen der andern zu dieser Herrschaft gehörigen Gemeinden, wie der Gemeinde Oberlenzkirch, nicht ganz ohne Bedeutung, wenn gleich die von der Gemeinde Oberlenzkirch geführten Prozesse bei der Verschiedenheit der Parteien, sowie zum Theil auch der Lage und Gestaltung der Prozesse [4]), hier nicht unmittelbar maaßgebend erscheinen können.

Ferner ergibt sich aus den angeführten Entscheidungsgründen, daß früher sämmtliche Gemeindeangehörige der ehemaligen Herrschaft Lenzkirch seit unvordenklichen Zeiten bis zum Jahr 1810 das nöthige Holz aus den Waldungen der Beklagten bezogen.

Wenn auch das ausgedehntere Recht durch dreißigjährigen Nichtgebrauch vor Aufstellung der frühern Klage verloren ging, so wurde doch hiedurch die ursprüngliche Natur und der frühere Charakter der Berechtigung der Gemeindeangehörigen im Wesentlichen nicht verändert und umgewandelt, wie sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Rechts, welche bereits in den frühern diesseitigen Entscheidungsgründen (im Vorprozeß) dargestellt ist, entnehmen läßt. Aus dem Umstand, daß die Holzgabe von der Beklagten — anders als in Oberlenzkirch — unmittelbar an die Holzberechtigten von Saig abgegeben wurde, ist nicht zu folgern, daß der erwähnte öffentlich-rechtliche Charakter der Saiger Holzberechtigung, welche ursprünglich der Gesammtheit der Gemeindeangehörigen, nicht einzelnen Gemeindeangehörigen, zustand, sich völlig verloren habe. Eine solche Folgerung würde den bekannten Grundsätzen über die Rechtswandlung widerstreiten. L.R.S. 1273. Es ist auch in der Sache überall kein genügender Grund für die Annahme einer so wesentlichen Veränderung der Natur der Berechtigung zu finden, da sich der fragliche Charakter nicht blos aus der geschichtlichen Entwicklung der Letzteren, sondern auch schon aus ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit selbst entnehmen läßt, insofern neben dem Häuserbesitz die Gemeindeangehörigkeit als nothwendige Voraussetzung des Holzbezugs erscheint.

Mit dieser Auffassung des Rechts steht auch der Inhalt des Erlasses der großh. Seekreisregierung vom 24. Oktober 1862 in den vorgelegten Regierungsakten vollkommen im Einklang.

— Vrgl. auch den Erlaß des großh. Ministeriums des Innern vom 26. Febr. 1853 ebendaselbst. — Fröhlich, Gemeindegesetz, Auflage 2 zu §. 104 Note 27 S. 178.

Nimmt man, dieser Auffassung folgend, einen öffentlich-rechtlichen Charakter der Holzberechtigung im Verhältniß zur Gemeinde, beziehungsweise der Gesammtheit der Gemeindeangehörigen an, so ergibt sich vermöge nothwendiger Schlußfolgerung, daß durch den Verzicht eines einzelnen bezugsberechtigten Hausbesitzers das begründete Recht der Gesammtheit der Gemeindeangehörigen nicht gänzlich aufgehoben und vereitelt werden kann; die Wirkung des Verzichts des Einzelnen kann sich daher nur auf ihn und seine, an seine Handlungen gebundenen, allgemeinen Rechtsnachfolger erstrecken [5]), die Rechte anderer Gemeindeangehörigen dagegen vermag der genannte Verzicht nicht aufzuheben.

Der Verzicht des Posthalters Ketterer ist daher den Klägern gegenüber wirkungslos.

Will man übrigens die fragliche Holzabgabe, obwohl sie nicht auf Waldungen der Gemeinde selbst, sondern auf Waldungen eines Dritten haftet, vermöge einer ausdehnenden Auslegung des §. 104 und 108 der Gemeinde-

---

[4]) Durch oberhofgerichtliche Urtheile vom 29. März und 29. Dezember 1827, sowie vom 4. September 1856 wurde die fürstliche Standesherrschaft gegenüber der Gemeinde Oberlenzkirch für schuldig erklärt, der Gesammtheit der Gemeindebürger, allen Gemeindeangehörigen ohne Unterscheidung von besonderen Claßen von Gemeindebürgern, von Besitzern gewisser Liegenschaften u. s. w. das benöthigte Brenn-, Bau- und Nutzholz unentgeldlich abzugeben, insoweit und so lange es die Regeln der Forstwissenschaft erlauben.

[5]) Diese Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Rechtsnachfolgern wurde schon bei der oberhofgerichtlichen Entscheidung in Sachen Schnerkingen gegen Fürstenberg vom 26. Oktober 1865 als maßgebend anerkannt und zu Grunde gelegt. Die rechtskräftige Entscheidung gegen den Vater und allgemeinen Rechtsvorgänger bezüglich der Wirksamkeit des Verzichtes mußte natürlich auch als den Sohn und allgemeinen Rechtsnachfolger bindend erklärt werden.

Digitized by Google

ordnung nach dem Grunde des Gesetzes, unter den genannten §. 108 stellen, von der Erwägung ausgehend, daß es im Wesentlichen keinen Unterschied begründet, ob ein Waldeigenthum der Gemeinde selbst oder ein dingliches Recht der Gemeinde in Bezug auf den Wald eines Dritten der gemeinderechtlichen Holzgabe zu Grunde liegt[6]), so kommt man nach richtiger Auslegung der Vorschrift des ebengenannten §. 108 zu dem nämlichen Ergebniß.

Nach dieser gemeindeordnungsmäßigen Vorschrift, welche nicht, wie im Magazin für badische Rechtspflege Bd. 2 S. 395 ff. ausgeführt ist, nur auf privatrechtliche Nutzungsrechte, vielmehr nach Vergleichung der Verhandlungen der 2. Kammer vom Jahr 1831 Heft 10 S. 234—236 zu §. 82 des Entwurfs der Gemeindeordnung[7]) in Uebereinstimmung mit den Erläuterungen von Christ und Fröblich in ihren Ausgaben der bad. Gemeindegesetze zu §. 89, beziehungsweise §. 108 der G.O., allerdings hauptsächlich auf gemeindeordnungsmäßige Nutzungsrechte zu beziehen ist, kann eine Veräußerung der in Frage stehenden Nutzungsrechte (die bei sonstigen Allmendnutzungen ganz unzulässig ist) unter der Voraussetzung, daß sie auf dem Besitze gewisser Liegenschaften haften, ausnahmsweise stattfinden, jedoch immer nur zugleich mit der Veräußerung der Liegenschaften selbst. Hieraus läßt sich aber die Gültigkeit und die Wirksamkeit eines Verzichts des Liegenschaftsbesitzers zum Nachtheil der wegen ihres Interesses wesentlich mitbetheiligten Gemeinde und ihrer Angehörigen nicht ableiten, die Wirkung des Verzichts muß vielmehr auch hier in der obenbezeichneten Weise auf den verzichtenden Hausbesitzer und seine allgemeine Rechtsnachfolger beschränkt bleiben.

Hiermit steht auch die jüngste der in dieser Hinsicht angerufenen frühern oberhofgerichtlichen Entscheidungen vom Jahre 1865 in Sachen Schnerkingen gegen Fürstenberg im Einklang[8]). In wie weit eine ältere Entscheidung in Sachen Gögginger gegen Fürstenberg in ihrer Begründung hievon abweicht, bedarf hier keiner näheren Erörterung[9]).

Wenn die Vertreter der Beklagten aus der im Vorprozeß als wirksam anerkannten erlöschenden Verjährung, bezüglich des frühern ausgedehnteren Rechts nachzuweisen suchte, daß hiernach ein stillschweigender Verzicht auf Seiten der Häuserbesitzer als allgemein wirksam angenommen wurde, somit auch ein ausdrücklicher Verzicht die gleiche Wirkung haben müßte, so kommt hiegegen in Betracht, daß es auch Sache der Gemeinde war, dafür geeignete Sorge zu tragen, daß nicht das Holzbezugsrecht durch Nichtausübung von Seite der einzelnen Berechtigten, durch welche die Ausübung zu geschehen hatte, theilweise verloren gehe, und daß daher auch ihr gegenüber eine Verjährung wirksam eintreten konnte.

Würde übrigens der bisher besprochene Grund der Ungültigkeit des Verzichts auch nicht vorhanden sein, so stände doch im vorliegenden Fall der Wirksamkeit der Verzichtleistung des Posthalters Ketterer von Vöhrenbach der wesentliche Mangel entgegen, daß hiezu nach den im Eingang angeführten, feststehenden Rechtsbestimmungen der Nachweis der Eigenschaft Ketterers als eines Angehörigen der Gemeinde Saig als nothwendige Voraussetzung erforderlich war, wie das Obergericht ebenfalls mit Recht annahm, dieser Nachweis aber, welcher nach dem, was bereits oben über die richtige Würdigung des prozeßrechtlichen Standpunktes bemerkt wurde, von der Beklagten zu liefern war, überall nicht erbracht wurde. — Selbst noch in der Verhandlung des dritten Rechtszugs konnte eine bezügliche Behauptung vom Vertreter der Beklagten nicht aufgestellt werden, und es darf hiernach, und insbesondere auch nach Inhalt des anerkannten Erlasses des fürstlichen Rentamts Neustadt vom 20. Juni 1853 wohl unterstellt werden, daß jener Nachweis überhaupt nicht geliefert werden kann.

Daß es dem Gerichte zustand, auch ohne besondere Anregung von Seiten der Parteien den fraglichen Mangel einer aus unbestrittenen Bestimmungen sich ergebenden nothwendigen Vorbedingung zur Leistung des Verzichts zu berücksichtigen, kann um so weniger bezweifelt werden, als es sich hiebei um die sachliche Legitimation zum Verzicht handelte.

Hiernach kann ein wirksamer Verzicht von Seiten

---

[6]) Diese Auffassung hat unseres Erachtens auch ihre volle Berechtigung. Sie scheint auch nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs in der Sache des C. Blender von Göggingen gegen die Gemeinde daselbst, wegen Vorenthaltung von Gabholz (vom 26. Oktober 1866 mitgetheilt in der Karlsruher Zeitung vom 1. November 1866 No. 260) der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs zu entsprechen.

Vrgl. Annalen Bd. 11 S. 216. 217.

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 129 (d. 6. Aufl.).

[7]) Die Ansichten der verschiedenen Redner gingen allerdings hiebei zum Theil auffallend aus einander.

[8]) Vrgl. Note 5 oben.

[9]) Vrgl. Annalen Bd. 29 S. 108 2te Spalte und das schon oben im Eingang hierüber Bemerkte.

Digitized by Google

Ketterer's und eine Erlöschung des Rechtes der Klage nicht angenommen werden, und es rechtfertigt sich die Bestätigung des angefochtenen Urtheils mit Verfällung der Oberappellantin in die Kosten nach §. 167. 170 der Pr.O.

— Weitere oberhofgerichtl. Entscheidungen über wichtigere Streitfragen, die sich in Betreff der fraglichen Holzberechtigungen erheben, werden wohl in nicht ferner Zeit ebenfalls in diesen Blättern mitgetheilt werden. [10])

E. Brauer.

4.

Beholzungsrecht.

In Sachen

der Gemeinde Unterlenzkirch, des Peter Brugger, und Johann Georg Winterhalter von da, Kläger, Appellaten, Oberappellaten

gegen

die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg, Beklagte, Appellantin, Oberappellantin,

Holzberechtigung betreffend,

erkannte die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg unter dem 5. Januar 1866:

„Die beklagte Standesherrschaft sei, unter Verfällung in die Kosten schuldig, den Besitzern der in der Klage bezeichneten drei Häuser, als Ortsangehörigen von Unterlenzkirch, und zwar

1) das Brennholz, nämlich:
   a) der Gemeinde als Besitzerin des Hauses No. 38 fünf Klafter,
   b) dem Peter Brugger als Besitzer des Hauses No. 8ᵃ und ᵇ dreizehn Klafter,
   c) dem Johann Georg Winterhalter als Besitzer des Hauses No. 3ᵃ und ᵇ zehn Klafter alljährlich, das rückständige vorbehaltlich besonderer Feststellung,
2) das übrige Holz nach Maaßgabe der Bestimmungen I.ᵇ des Urtheils vom 30. November 1860 binnen richterlich zu bestimmender Frist bei Zwangsvermeiden zu verabfolgen."

Der Appellationssenat des gedachten Gerichtshofs bestätigte unter dem 12. April 1866 und ebenso erging Seitens des großh. Oberhofgerichts unter dem 16. October 1866 ein bestätigendes Urtheil. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche das Thatsächliche des Falles, soweit nöthig, enthalten, lauten, wie folgt:

„Das vormalige großh. Hofgericht des Seekreises erließ in Sachen der Gemeinde Unterlenzkirch, Klägerin, gegen die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg, Beklagte, am 30. November 1860, No. 5914, II. Senat unter theilweiser Abänderung eines erstinstanzlichen Urtheils des großh. Amtsgerichts Neustadt vom 30. Juni 1859, No. 2334, ein Urtheil folgenden Inhalts:

Die beklagte fürstliche Standesherrschaft sei schuldig,

I. denjenigen Angehörigen der klagenden Gemeinde, welche Häuser besitzen, die nach dem Liquidationsprotokolle vom 28. Januar 1815 holzberechtigt sind:
   a) das benöthigte Brennholz, und zwar:
      einem Bauern 12 Klafter,
      " halben Bauern 8 "
      " Taglöhner 5 "
      jährlich,
   b) zur Reparatur der holzberechtigten Häuser und ihrer Brunnen und anderen Zugehörden, sowie zum Wiederaufbau dieser Häuser im Falle eines Brandes das nöthige Bau- und Sägholz, ferner Vermäch- und Wäsenholz,
II. denjenigen Gemeindeangehörigen, welche holzberechtigte Häuser besessen haben und ihren Ehefrauen je ein Klafter Brennholz jährlich,

aus den im Umfange der ehemaligen Herrschaft Lenzkirch gelegenen Waldungen, soweit sie die Beklagte bis zum Jahre 1810 besessen, mit einem Flächengehalt von 3146 Morgen 132 Ruthen neu badischen Maaßes, so lange und so weit es die Regeln der Forstwirthschaft erlauben, unentgeldlich, jedoch gegen Entrichtung der Anweisungsgebühren und des Holzfällerlohns zu verabreichen.

Mit den erhobenen Mehransprüchen sei dagegen Klägerin abzuweisen." —

„Auf Oberberufung der klagenden Gemeinde wurde dieses Urtheil durch Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts vom 18. Juni 1861, No. 1436, bestätigt."

„Nach dem erwähnten Liquidationsprotokoll vom 28. Januar 1815 hatte die Gemeinde Unterlenzkirch als Besitzerin einer, jetzt in ein Armenhaus umgewandelten

[10]) Vrgl. den unmittelbar folgenden Aufsatz.

Digitized by Google

Viehhütte (No. 38 des Protokolls) fünf Klafter Brennholz, der Besitzer des Hauses No. 8a acht Klafter Brennholz, den Antheil eines Halbbauern, der des mit diesem verbundenen Hauses No. 8b fünf Klafter Brennholz, den Antheil eines Taglöhners, die Besitzer der gleichfalls unter einander verbundenen Häuser No. 3a. 3b je fünf Klafter Brennholz, also je einen Taglöhnerantheil, jährlich, überdies aber die Gemeinde sowohl als die übrigen genannten Häuserbesitzer das zur Erhaltung, beziehungsweise zum Wiederaufbaue der betreffenden Baulichkeiten erforderliche, unter Ziff. I.b des mitgetheilten hofgerichtlichen Urtheils bezeichnete Holz von der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg zu beziehen."

„Letztere verweigert nun, da der Gemeinde Unterlenzkirch in den erwähnten Urtheilen nichts zuerkannt worden, und die Viehhütte in ein Armenhaus umgewandelt worden sei, sämmtliches, nach dem Liquidationsprotokolle der Gemeinde zukommende Holz, dem Besitzer der Häuser No. 8a und 8b, Peter Brugger, das hiernach auf das Haus No. 8b treffende Holz, endlich dem Besitzer der Häuser No. 3a und 3b, Johann Georg Winterhalter, das dem Hause No. 3b zukommende Holz. Sie macht geltend, daß dermalen die Häuser No. 8a und 8b, sowie No. 3a und 3b je in einer Hand vereinigt seien, und daß die Besitzer dieser Häuser nicht das nach dem Liquidationsprotokoll diese treffende Brennholz, sondern nur soviel Brennholz, als ihr persönliches Bedürfniß verlange, an anderem Holze aber nur dasjenige, was für eines der in einer Hand vereinigten Häuser nöthig werde, zu fordern berechtigt seien."

„Bei dieser Sachlage wurde von der Gemeinde Unterlenzkirch, sowie von Peter Brugger und Johann Georg Winterhalter Klage auf das verweigerte Holz erhoben und solches in den zwei vordern Rechtszügen den Klägern zugesprochen."

„Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil erhebt nun die beklagte fürstliche Standesherrschaft im Wege der Oberberufung Beschwerde."

„Letztere ist indessen unbegründet."

„Was zunächst den Anspruch von Bau- und Brennholz für die Häuser No. 3b und 8b des Liquidationsprotokolls vom 28. Januar 1815 anlangt, so ist Folgendes zu erwägen."

„Zieht man die thatsächliche und rechtliche Lage des früher zwischen der Gemeinde Unterlenzkirch und der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg geführten Rechtsstreites, welcher durch die Eingangs genannten Urtheile erledigt wurde, unter gleichzeitiger Beachtung der in diesem Streite angerufenen Ergebnisse des in den Jahren 1821 bis 1827 zwischen der Gemeinde Oberlenzkirch und der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg geführten Prozesses*) in Betracht; faßt man insbesondere in's Auge, daß das im ersterwähnten Rechtsstreite von der Gemeinde Unterlenzkirch gestellte Gesuch dahin gerichtet war, die gedachte fürstliche Standesherrschaft für schuldig zu erklären, den Gemeindebürgern in so lange und in so weit es die Regeln der Forstwirthschaft erlauben, das benöthigte Brenn-, Bau- und Nutzholz aus den zur ehemaligen Herrschaft Lenzkirch gehörigen Waldungen unentgeldlich abzugeben, daß aber die hiernach für alle

(Schluß folgt.)

---

*) Im Jahre 1820 erhob die Standesherrschaft Fürstenberg bei dem Amte Neustadt eine Klage wegen Viehweide gegen die Gemeinde Oberlenzkirch. Diese machte widerklagend ein Beholzungsrecht geltend. Hauptgrund der Widerklage war, daß die Standesherrschaft seit unvordenklicher Zeit den Gemeindebürgern das nöthige Brennholz und nach Bedürfniß auch Bauholz u. dergl. geliefert habe; ein Erlaß der fürstlichen Hofkammer vom 3. Juli 1778 habe das Maaß des Brennholzes für einen Bauern auf 15 Klafter, für einen Halbbauern auf 10 Klafter, für einen Taglöhner auf 6 Klafter, für einen Unterthanen, der nichts eigen habe, auf 3 Klafter bestimmt. Das Gesuch der Widerklage ging dahin, die fürstliche Standesherrschaft anzuhalten, nach dem Regulativ von 1778 das benöthigte Brenn- und Bauholz der Gemeinde zu verabfolgen. Die Standesherrschaft bestritt das Dasein eines Rechtes, ein widerrufliches Precarium annehmend. Im Laufe des Streites hat die Standesherrschaft um Adcitation der 5 übrigen Lenzkircher Amtsgemeinden als 1) Unterlenzkirch, 2) Kappel, 3) Saig und Mühlingen, 4) Berg und Raitenbuch, 5) Fischbach und Hinterhausen, weil diese Gemeinden als gleichbetheiligt mit Oberlenzkirch erschienen. Die Adcitaten wurden zur Erklärung aufgefordert, nahmen aber am Streite nicht Theil. Das Amt erkannte nach dem Gesuche mit der Beschränkung, „soweit es die Regeln der Forstwirthschaft erlauben." Das Seekr. Hofgericht bestätigte einfach. Das Oberhofgericht verwarf die Beschwerde der Standesherrschaft gegen Zuerkennung eines wirklichen Beholzungsrechts zu Gunsten der Gemeindebürger; wies aber (abändernd) die Gemeinde mit dem Begehren auf den Fortbezug des im Jahre 1778 regulirten Holzquantums ab. Die Gerichte überzeugten sich, wie den ausführlichen Verträgen zu entnehmen, aus einer Reihe von Urkunden, meist fürstlichen Erlassen, daß ein Recht begründet sei, doch wollte das Oberhofgericht das Regulativ von 1778 nicht als für alte Zeiten maaßgebend erkennen. D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 3.

(Schluß von Art. 4)

Gemeindebürger angesprochene Berechtigung durch die mehrerwähnten Urtheile nur zu Gunsten derjenigen Gemeindeangehörigen, welche Häuser, die nach dem Liquidationsprotokolle vom 28. Januar 1815 holzberechtigt sind, besitzen oder besaßen, und zwar in einem bestimmten, jedoch verschiedenen, Maaße anerkannt, mithin in mehreren Beziehungen beschränkt und so namentlich an die dermaligen oder früheren Besitzer bestimmter Häuser geknüpft wurde; entnimmt man den, den fraglichen Urtheilen beigegebenen, Entscheidungsgründen, daß die Aussprüche ersterer auf die Annahme einer, das ursprünglich zu Gunsten aller Gemeindebürger bestandene Recht beschränkenden, durch die L.R.S.S. 706 bis 708 begründeten Verjährung sich stützen; so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß die in Frage stehende Holzberechtigung, soweit es sich um das Verhältniß zwischen der Gemeinde Unterlenzkirch und der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg handelt, privatrechtlicher Natur ist, daß demgemäß auch ihr Umfang, soweit einerseits die Rechte jener Gemeinde, andrerseits die Verpflichtungen der Standesherrschaft in Betracht kommen, nach Maaßgabe des Liquidationsprotokolls vom 28. Januar 1815 und der damit übereinstimmenden Verjährung richterlich festgesetzt wurde, daß aber allerdings der Genuß der Holzberechtigung durch die einzelnen Gemeindeangehörigen kraft Gemeinderechts, nämlich Allmendrechts (Gemeindeordnung §§. 104 ff.), geübt wird. Dieser Anschauung widerspricht weder der Umstand, daß der Allmendgenuß hier an einer fremden, nicht der Gemeinde selbst gehörigen Sache, nämlich an den der fürstlichen Standesherrschaft gehörigen Waldungen geübt wird, noch der weitere Umstand, daß jener Genuß als an den Besitz gewisser Liegenschaften geknüpft erscheint. Denn, wie einerseits Gesetz und Natur der Sache den Allmendgenuß nicht schlechthin auf Gegenstände beschränken, die sich im Eigenthume der Gemeinde befinden (Mittermaier, deutsches Privatrecht I. §. 191 Ziff. 2*), Annalen XI. S. 216 ff.), so ist andrerseits die Art und Weise der Genußtheilung, vermöge deren die Besitzer gewisser Liegenschaften ausschließlich oder vorzugsweise zum Allmendgenusse berechtigt sind, anerkannt zulässig. Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht §. 283; Mittermaier a. a. O. und §. 129 *); Gerber, deutsches Privatrecht §. 51; Bluntschli, deutsches Privatrecht §§. 35 ⁴. 36. 58. 59, insbesondere 8 a. b und (für Baden) Fröhlich, Gemeindegesetze 2. Auflage S.S. 157. 159. 161. 182. 197. 198. 478."

„War das hiernach im Gegensatze zur öffentlich-rechtlichen Genußberechtigung der Gemeindeangehörigen als ein Privatrecht zu betrachtende Beholzungsrecht der Gemeinde Unterlenzkirch früher lediglich nach den Bedürfnissen der gedachten Gemeindeangehörigen bemessen, so wurde dasselbe, wie die zu Eingang erwähnten, im Vorprozesse ergangenen Urtheile annehmen, und wie sich insbesondere aus den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile ergibt, in Folge eingetretener erlöschender Verjährung dahin auf ein bestimmtes Maaß zurückgeführt, daß nur die in dem erwähnten Liquidationsprotokoll vom 28. Januar 1815 bezeichneten Leistungen, weil auch im Wege der Verjährung bestätigt, bezüglich des Umfangs der Rechte der Gemeinde und der Verpflichtungen der fürstlichen Standesherrschaft für die Zukunft als maaßgebend erklärt werden."

„Es kann hiegegen nicht geltend gemacht werden, daß die angeführten Urtheile ausdrücklich nur behufs

---

*) Mittermaier sagt hier: „Ueberall bestimmt den Umfang das Bedürfniß, und zwar in Bezug auf Brennholz das Bedürfniß der eigenen Haushaltung des Berechtigten und bei Beholzungsrecht einer Gemeinde im fremden Walde die Rücksicht auf die Wirthschaftsgebäude der Gemeindegenossen als herrschende Grundstücke." Mittermaier bemerkt in Note 8 hiezu, letzteres Verhältniß sei in Frankreich das droit d'affouage (von ad focum). Eine Abhandlung hierüber finden wir bei Proudhon, Usage III. No. 901 u. ff. D. E.

*) Mittermaier bemerkt im §. 129: „Die Benutzung der Allmenden ist wieder verschieden, entweder so: a) daß sie von der ganzen Gemeinde unvertheilt, z. B. zur Waide benutzt werden, oder b) daß ein bestimmter Allmendtheil zu jedem in der Markung liegenden Gute gehört, oder c) daß Allmenden unter die Gemeindeglieder nach Loosen zum Genusse auf eine gewisse Reihe von Jahren vertheilt werden." D. E.

der Bezeichnung der holzberechtigten Häuser auf das Liquidationsprotokoll verweisen, und daß sie von dem „„benöthigten Brennholze““ sprechen, da es gerade nur zum erwähnten Zwecke — um der Abkürzung willen — auf das Protokoll zu verweisen geeignet schien, während, soweit es sich um das zu Gunsten der Besitzer der einzelnen Häuser zu liefernde Holzquantum handelt, der Inhalt des Protokolls in das Urtheil selbst aufgenommen wurde, da ferner offenbar eben durch Angabe dieses Quantums bestimmt werden wollte, was als das „„benöthigte““ Holz anzusehen sei, wie insbesondere aus den sofort angefügten Worten „„und zwar““ erhellt, so daß also dem Worte „„benöthigt““ eine selbstständige Bedeutung nicht zukommt. Wollte man diesem Worte zu Gunsten des beklagten Theiles eine größere Tragweite beimessen, so wäre nicht erklärlich, wie daneben ein ganz bestimmtes Maaß abzugebenden Holzes bezeichnet werden konnte. Der Umstand, daß die Urtheile durch die Anführung, einem „„Bauern““ seien 12 Klafter, einem „„halben Bauern““ 8 Klafter, einem „„Taglöhner““ 5 Klafter Holz jährlich zu liefern, auf die persönliche Eigenschaft des bezugsberechtigten Hausbesitzers Gewicht zu legen scheinen, vermag der Annahme, daß nun von dem Umfange des Hausbesitzes gänzlich abzusehen und nur das persönliche, freilich nach den eben angegebenen Classen zu bemessende Bedürfniß der Berechtigten als entscheidend zu betrachten sei, keinen Eingang zu schaffen. Nach der Natur der in den fraglichen Gegenden bestehenden Verhältnisse stützt sich nämlich die Eigenschaft der „„Bauern,““ „„Halbbauern,““ „„Taglöhner,““ sofern dieser Eigenschaft eine rechtliche Bedeutung beigemessen wird, in der Weise auf den Haus- und Grundbesitz, daß das Dasein der einen oder andern jener Eigenschaften davon, ob ein Bauern-, ein Halbbauern- oder ein Taglöhnergut im Besitze des Betreffenden ist, abhängig gemacht wird. Nach der Größe des Gutes richtet sich die gesammte Hauswirthschaft, nach dem Umfange des letzteren das Holzbedürfniß, von welchem natürlich auch bei Feststellung des durch das Liquidationsprotokoll bestimmten Maaßes ausgegangen wurde.

Vergl. Annalen XXIX. S. 106.

Fröhlich, a. a. O. S. 161.

Offenbar konnten und wollten die ofterwähnten Urtheile sich nicht mit der Natur der bestehenden Verhältnisse in Widerspruch setzen und sie sind daher auch nur der Auslegung fähig, daß dem betreffenden Hausbesitzer, je nachdem sein Besitz die Eigenschaft eines Bauern-, Halbbauern- oder Taglöhnergutes habe, 12, 8 oder 5 Klafter Holz zu liefern seien. Das zu liefernde Quantum ist darnach — und hiefür spricht auch der Inhalt des Liquidationsprotokolls — durch die Eigenschaft der Häuser, auf denen dei Holzberechtigung überhaupt ruht, nicht aber durch eine persönliche Eigenschaft der Besitzer dieser Häuser, bedingt.“

„Nichts steht dem Bisherigen zufolge der Annahme entgegen, daß, soweit nicht, wie z. B. bezüglich des Quantums des Bauholzes, die Natur der Sache eine Unbestimmtheit mit sich führt, die fragliche Berechtigung auf ein dem Liquidationsprotokolle entnommenes bestimmtes Maaß gesetzt worden sei. Diese Festsetzung, welche im Vorprozesse zu Gunsten der fürstlichen Standesherrschaft stattbatte, muß nun auch zu Gunsten der Gemeinde entscheidend bleiben, und es kann daher, wenn ihr zufolge auf die Häuser No. 3ª und 3ᵇ je fünf Klafter Holz, auf das Haus No. 8ª acht, auf das Haus No. 8ᵇ fünf Klafter Holz fallen, in Folge des Umstandes, daß sich die Häuser No. 3ª und 3ᵇ in einer Hand befinden, und daß das Gleiche bezüglich der Häuser No. 8ª und 8ᵇ der Fall ist, keine Beschränkung eintreten. Das zwischen der fürstlichen Standesherrschaft und der Gemeinde festgestellte Maaß darf bei der im Vorstehenden dargelegten Natur der stattgehabten Feststellung dadurch, daß nun ein Gemeindeangehöriger kraft Allmendrechts dasselbe Quantum Holz beziehen würde, was bisher zwei Gemeindeangehörige bezogen, keine Minderung erfahren.“

„Es kann auch mit Grund nicht geltend gemacht werden, daß die fürstliche Standesherrschaft in Folge der bisher entwickelten Ansicht in eine schlimmere Lage komme, als wenn sie schlechthin schuldig wäre, das Holzbedürfniß der Gemeindeangehörigen zu befriedigen, und daß deßhalb die im Vorprozesse ergangenen Urtheile, welche dem auf jenes Bedürfniß allgemeinhin gestellten Klaggesuche gegenüber zu Gunsten der Standesherrschaft beschränkend zu erkennen Willens gewesen seien, eine Auslegung nicht gegeben werden dürfe, welche die Verbindlichkeit der fürstlichen Standesherrschaft über das Bedürfniß ausdehne; denn es ist augenscheinlich, daß schon in der durch die Urtheile gegebenen festen Begrenzung der ursprünglich zu Gunsten aller Gemeindeangehörigen nach dem alleinigen Maaßstabe des Bedürfnisses beanspruchten Berechtigung für die fürstliche Standesherrschaft, wie dieselbe auch im Vorprozeße dem dort von ihr gewählten

Digitized by Google

Vertheidigungssysteme nach keineswegs verkannte, ein höchst gewichtiger Vortheil lag, dem gegenüber man sich nun beklagter Seits nicht darüber beschweren kann, wenn die in der fraglichen Begrenzung liegende Feststellung in einem einzelnen Falle zu höherer Belastung führen sollte, als in diesem Falle dann eingetreten wäre, wenn lediglich das persönliche Bedürfniß als maaßgebend erschiene."

„Wenn man aber auch gegen die Richtigkeit dieser Auffassung noch Bedenken hegen könnte, so ist von besonderem Gewichte, daß das Liquidationsprotokoll vom 28. Januar 1815, welches inhaltlich der Vorentscheidungen durch die Verjährung seine Bestätigung fand, mehrere Fälle aufzählt, in denen eine Person mehrere Holzantheile zu beziehen hatte, und daß dieses Verhältniß, wie wenigstens für einen Fall selbst dem Wortlaute des Protokolls zu entnehmen ist, in Folge der Häufung mehrerer holzberechtigten Liegenschaften in einer Hand eintrat. Ueber den eben zuletzt hervorgehobenen Fall spricht sich das Protokoll so aus:

No. 20. Johann Willmann, Bauer: Altes zweistöckiges Haus ohne Erweiterung, sammt Waschhaus, Brunnen beim Haus. Alles Holz hiezu und besonders 16 Klafter Brennholz wegen doppelten und erheuratheten Halbbauern-Gütern;

bezüglich der andern Fälle in folgender Art:

No. 4. Joseph Ruef ein doppelter Taglöhner: Altes zweistöckiges Haus No 4, ohne Erweiterung. Säg-, Bau-, Vermäch-, Wäsen- und 10 Klafter Brennholz;

No. 26. Simon Kreuz, anderthalb Bauer: Altes zweistöckiges renovirtes Haus No. 26, etwas weniges erhöht und bezahlt. Speicher, Waschhaus und Brunnen. Alles Holz hiezu nebst 18 Klafter Brennholz."

„Diese Stellen des Liquidationsprotokolls in Verbindung mit der Verjährung lassen ersehen, in welcher Weise die jetzt vorliegende Frage durch die Uebereinstimmung der Betheiligten und den darauf gegründeten verjährten Gebrauch gelöset wurde (L.R.S.S 6d. 1108b). Zu gleichem Ergebnisse führt die Betrachtung der Grundbuchseinträge, welche im Vorprozesse den Gerichten vorgelegt wurden, und aus welchen sich ergibt, daß man die betreffenden Holzbezüge stets als mit dem einzelnen Hause verbunden erachtete. Bei solchen Anschauungen muß es gleichgiltig sein, ob das holzberechtigte Haus im Besitze eines Gemeindeangehörigen steht, der noch ein anderes solches Haus besitzt, oder nicht."

„Was insbesondere das Bauholz betrifft, so tritt schon der Wortlaut der früheren Urtheile dem klagend erhobenen Anspruche in ganz entscheidender Weise zur Seite, indem dort die fürstliche Standesherrschaft für schuldig erklärt wird, „„denjenigen Gemeindeangehörigen, welche Häuser, die nach dem Liquidationsprotokolle vom 28. Januar 1815 holzberechtigt sind — besitzen, — — b, zur Reparatur der holzberechtigten Häuser und ihrer Brunnen und anderer Zugehörden, sowie zum Wiederaufbau dieser Häuser im Falle eines Brandes das nöthige Bau- und Sägholz, ferner Vermäch- und Wäsenholz — — — zu verabreichen."" Auch ist es wohl allein der Natur der Sache entsprechend, daß das Bauholzbedürfniß nach der Baulichkeit, zu deren Gunsten es zu befriedigen ist, bemessen werden muß, und daß demgemäß jedes Haus für sich zu Theil gehe, gleichviel ob sein Inhaber noch ein anderes bauholzberechtigtes Haus besitze oder nicht."

„Anlangend den von der Gemeinde zum Nutzen der Gemeindekasse erhobenen Anspruch auf Brenn- und Bauholz für die Baulichkeit No. 38 des Liquidationsprotokolls, ehemals Viehhütte, jetzt Armenhaus; so hat man diesem Anspruche beklagter Seits, wie bereits oben angedeutet wurde, entgegengehalten, daß der Gemeinde als solcher durch die im Vorprozesse ergangenen Urtheile nichts zuerkannt worden sei, dieselbe somit in fraglicher Beziehung sich auch nicht auf diese Urtheile zu stützen vermöge, und daß die Viehhütte längst nicht mehr bestehe, vielmehr in ein Armenhaus umgewandelt worden sei. Die letztere der beiden Einwendungen ließ der Vertreter der beklagten fürstlichen Standesherrschaft inhaltlich des Sitzungsprotokolls des Appellationssenats zu Freiburg vom 12. April 1866 fallen, so daß es einer Würdigung derselben nicht mehr bedarf; die erstere ist völlig unbegründet, denn es lag ganz sicher im Sinne der Urtheile, welche auf die Klage der Gemeinde ergingen, auch dieser dasjenige, was ihr als Hausbesitzerin in dem für maaßgebend erachteten Liquidationsprotokolle an Holz zugesprochen war, richterlich zuzuerkennen. Wenn die Urtheile der Gemeinde selbst als holzberechtigt nicht ausdrücklich gedenken, sondern die beklagte fürstliche Standesherrschaft nur zu Gunsten derjenigen „„Gemeindeangehörigen,"" welche holzberechtigte Häuser besitzen oder besaßen, verurtheilten, so wollten sie bei den Umständen des Falles sicherlich die Gemeinde

Digitized by Google

selbst auch unter den Gemeindeangehörigen begriffen wissen."

„Aus diesen Gründen, sowie nach Pr.O. §. 170 wegen der Kosten, mußte, wie geschehen, erkannt werden."

Roßhirt.

5.

Verwaltungsrechtspflege.

Der Besitz mehrerer zum Gabholzbezug berechtigenden Häuser begründet an sich nicht den Anspruch auf mehrfachen Bezug von Gabholz.

In der Sitzung des großh. Verwaltungsgerichtshofs vom 26. Oktober 1866 handelte es sich in Sachen des C. Blonder von Göggingen gegen die Gemeinde daselbst, wegen Vorenthaltung von 8 Klaftern Gabholz, um die Frage, ob in einer Gemeinde, wo der Gabholzbezug gemeinderechtlich auf dem Besitze gewisser Häuser haftet, ein Bürger, der mehrere Berechtigungshäuser besitzt, auch das Gabholz mehrfach in Anspruch nehmen kann oder nicht? Da die Behauptung, daß für das erstere in der Gemeinde Göggingen der unbestrittene Zustand vom 1. Januar 1831 spreche, nicht bewiesen wurde, indem dafür nur zwei Fälle aus den Jahren 1813 und 1846 namhaft gemacht werden konnten, — so sprach sich der Gerichtshof, wie schon in früheren Fällen für das Letztere aus. Er wurde dabei von der Anschauung geleitet, daß das Gabholz nicht den Häusern zustehe, sondern den Gemeindebürgern; daß der Besitz eines Hauses nur die Bedingung für den Eintritt in das Recht auf Gabholz sei; daß aber ein Bürger der Natur der Sache nach — und abgesehen von dem Fall, wo ein gegentheiliges Herkommen am Normaltag zufolge der Bestimmung des §. 104 der G.O. maßgebend ist — nur ein Bürgerloos in Anspruch nehmen könne; daß folglich dadurch, daß die Bedingung für den Eintritt bei ihm mehrfach vorhanden ist, nicht auch sein Anspruch vervielfacht werde; wie ja auch das Gabholz nach der Auffassung der Gemeindeordnung zur Deckung des Feuerungsbedürfnisses dienen soll und das letztere nur einmal gedeckt zu werden braucht.

Karlsruher Zeitung No. 260.

6.

Ueber die Wirkungen eines Gantnachlaßvergleiches, welchem der Bürge eines Gläubigers des Gemeinschuldners beigetreten ist, insbesondere über die Frage, ob der Bürge durch den Abschluß dieses Gantvergleiches seinen Rückgriff auf die Mitbürgen verloren hat?

Verhältniß dieser Frage zu der, ob der Bürge befreit wird, wenn der Gläubiger einem Nachlaßvergleich beitritt, welcher dem Gemeinschuldner bewilligt wurde?

L.R.S.S. 1287. 2011. 2014. 2028. 2033. 2036. 2037.

Karl Boschert von Marlen erhielt im Jahre 1851 von Caroline Schaible ein zu 5 pCt. verzinsliches Darlehen von 500 fl. Für dieses Darlehen verbürgten sich die Eltern des Schuldners Johann Boschert und dessen Ehefrau Wallburga geb. Higlin (Letztere starb, und an ihre Stelle traten deren Kinder als Rechtsnachfolger), sowie Fidel End von Marlen.

Die Zinsen aus diesem Darlehen waren bezahlt bis 4. Januar 1863, als im Oktober 1865 die Schaible den Bürgen End auf Zahlung des Darlehens nebst Zinsen, wofür er sich verbürgt hatte, belangte.

Im November desselben Jahres gerieth der Hauptschuldner Karl Boschert in Gant. In der Liquidationstagfahrt vom 6. Dezember 1865 liquidirte Fidel End das von ihm verbürgte Darlehen nebst Zins, indem er sich darauf berief, daß er von der Gläubigerin Schaible auf Zahlung belangt worden sei, und diese befriedigt habe. Beides wurde zugestanden, obschon mittlerweile (am 23. November, „weil sich die Parteien außergerichtlich abgefunden haben") die Gläubigerin auf den Rechtsstreit verzichtet hatte.

In der Liquidationstagfahrt kam ein Vergleichsentwurf dahin zu Stande, daß Karl Boschert seinen Gläubigern je 25 pCt. ihrer Forderungen nebst Zins bis zum 6. Dezember 1865 in 2 Raten zahlbar zusicherte, die Gläubiger aber auf ihre Mehrforderung verzichteten. Dieser Vergleich kam durch Genehmigung der Gläubiger zu Stande, und ihm trat einfach auch der Bürge End bei. Es ist jetzt schon zu bemerken, daß End nicht etwa im Namen der übrigen Bürgen, oder der Gläubigerin liquidirt und sich verglichen hatte; er trat vielmehr allein in eigenem Namen auf. Die Gläubigerin scheint nun

Digitized by Google

ihre Forderung wiederholt an ihn, den Bürgen geltend gemacht zu haben, und so zahlte er derselben am 24. Jan. 1866 die geforderten 500 fl. nebst Zinsen vom 4. Jan. 1863 an.

Schon ehe dieses geschehen war, belangte er seine Mitbürgen, den Johann Boschert und dessen Kinder als Rechtsnachfolger ihrer Mutter, der Wallburga geborene Higlin, auf Ersatz von ⅔ der gegen ihn eingeklagten (und später von ihm berichtigten) Darlehensschuld von 500 fl. nebst Zinsen. Gegen Johann Boschert erging ein Versäumungserkenntniß. Die übrigen Beklagten, welche beinahe alle Klagethatsachen in Abrede stellten, wendeten ein, daß durch den Vergleichsabschluß vom 6. Dezember der Kläger es ihnen unmöglich gemacht habe, gegen den Hauptschuldner aufzutreten, derselbe daher nach L.R.S. 2037 seines Rückgriffsrechtes verlustig gegangen sei. Kläger bewies die bestrittenen Thatsachen, darunter auch die Zahlung vom 24. Januar 1866. Die Civilkammer trat jedoch der rechtlichen Anschauung der Beklagten bei und wies den Kläger ab, indem sie in den Entscheidungsgründen ausführte:

„Aus der Art und Weise, wie der Vergleich zwischen dem Kläger und dem Gantmanne zu Stande kam (folgt nun der Inhalt des Vergleichs), muß man annehmen, daß die beiden Genannten beabsichtigten, die ursprüngliche Verbindlichkeit aufzuheben, und an deren Stelle das Uebereinkommen vom 6. Dezember 1865 zu setzen. Dadurch wurde aber Kläger dem Karl Boschert dafür haftbar, daß Letzterer durch Zahlung von 125 fl. von der ganzen früheren Schuld befreit werde. Denn indem Ersterer erklärte, daß er dem Vergleiche beitrete, hat er, wie die übrigen Gläubiger, auf 75 pCt. seiner Forderung verzichtet. Aus diesen Umständen ergibt sich, daß Kläger nichts unternehmen darf, was zur Folge hätte, daß Dritte ihren Rückgriff auf Karl Boschert nehmen; dieser Fall tritt aber ein, wenn die Mitbürgen zur Zahlung verurtheilt werden."

Der Appellationssenat ging von einer anderen Rechtsanschauung aus, indem er die Beklagten zur Zahlung, jedoch nur zu ¾ der eingeklagten Summe, verurtheilte, ihn aber mit ¼ seiner Forderung abwies, nämlich jenen 25 pCt., welche er zufolge des mit Karl Boschert abgeschlossenen Gantvergleiches in 2 Raten aus der Masse zu erhalten hat.

Die Entscheidungsgründe schildern im Eingange das Sachverhältniß, erwähnen das Urtheil der Civilkammer, deren rechtliche Auffassung des Rechtsfalles und die daraus gezogene Schlußfolgerung, worauf sie fortfahren:

„Dieser Schluß erscheint jedoch nicht richtig. Es ist hier vor Allem festzuhalten, daß durch den Vergleich zwischen einem Bürgen und dem Hauptschuldner die Forderung des Gläubigers in keiner Weise alterirt wird. Diese Forderung, welche zur Zeit der Gantliquidation noch gar nicht getilgt war, bestand nach wie vor. Daß dem so war, beweist der Umstand, daß erst nach der Gantliquidation die Forderung selbst getilgt worden ist.

Die Gläubigerin hätte sich ebensogut an einen der andern Bürgen wenden können. Ihr wäre aus dem Gantvergleich keine Einrede entgegengestanden, denn weder der andere Bürge, noch die Gläubigerin, hatten dabei mitgewirkt. Ihr hätte auch das Uebereinkommen, in Folge dessen sie auf die Fortsetzung des Rechtsstreites gegen End verzichtete, nicht entgegengehalten werden können, da gar kein Anhaltspunkt vorliegt, daß die Schaible dem End gegenüber die Forderung ganz oder theilweise nachgelassen hat, oder daß sie diesem gegenüber die Erlöschung der Schuld anerkannt habe, was den Mitbürgen nach L.R.S. 1210. 2027 ganz oder theilweise zu Gute käme. War aber die Forderung selbst nicht erloschen, so war jeder Bürge berechtigt und verpflichtet, sie zu zahlen.

Zur Gantliquidation war nun End, auch wenn er nicht belangt gewesen wäre, nach L.R.S. 2032 Ziff. 2 berechtigt. Dieses Recht stand aber nicht allein dem End zu, sondern allen andern Bürgen, und hat er allein davon Gebrauch gemacht, so hat er vorsichtiger als die andern Bürgen gehandelt, und es liegt gar kein Grund zur Annahme vor, daß er dadurch auf die Vortheile verzichten wollte, welche ihm das Gesetz in L.R.S. 2033 einräumt.

Ein solcher Verzicht kann auch nicht in der Thatsache gefunden werden, daß der Bürge End sich mit dem Hauptschuldner verglichen hat. Die L.R.S. 2032. 2028 haben ihrer innern Natur nach die Ausgleichung eines Schadens zum Gegenstande, welchen der Bürge durch Uebernahme der Bürgschaft erleidet. Ganz derselben Natur ist der Rückgriff des Bürgen auf seine Mitbürgen in L.R.S. 2033. Die Gantliquidation, wie die Eingehung eines Gantvergleichs, kann daher nur als ein Versuch betrachtet werden, wodurch der in Schaden kommende Bürge seinen Schaden, so viel thunlich, ausgleicht. Er handelt, wie

Digitized by Google

das eigene Interesse es einem vorsichtigen Manne gebietet. Darin liegt weder ein Eingriff in die Rechte und Verpflichtungen des Gantmannes, noch seiner Mitbürgen.

Der Gantmann hätte vielleicht vorsichtiger gehandelt, wenn er die Mitbürgen zum Vergleich beigeladen hätte. Aber indem sie bei dem Vergleiche nicht mitwirkten, so erwachsen ihnen aus diesem Vergleiche keine Rechte und keine Verpflichtungen. Verträge haben nur unter Jenen, welche sie schließen, ihren Wirkungskreis, L.R.S. 1165. Und wollte man aus dem etwaigen Nachtheile, welchen der Gantmann aus dem Rückgriff erleiden könnte, den nach L.R.S. 2028 die, den Bürgen End nach L.R.S. 2033 bezahlenden Mitbürgen auf ihn nehmen dürften, folgern, daß nunmehr dem Mitbürgen End dieser Nachtheil zugehen solle, so würde man nicht nur den L.R.S. 1165 verletzen, da der Gantmann es gar nicht ist, welcher diese Einrede erhebt, sondern man würde auch dem bekannten Rechtssatze, daß Verzichte nicht vermuthet werden, entgegenhandeln. Es wäre vielmehr Sache des Gantmanns gewesen, sich durch eine besondere Clausel zu schützen, daß End die Verbindlichkeit auch bezüglich der übrigen Mitbürgen übernehme, um im Falle der Klage der Letztern gegen ihn, den End als Rückbürgen für sich in Anspruch nehmen zu können. Keinenfalls können aber die Mitbürgen die Einrede, welche ihnen der Gantmann aus dem Vergleiche vielleicht entgegensetzen würde, dem End entgegensetzen. Denn wenn man auch annehmen will, daß die Grundsätze, welche nach L.R.S. 2036. 2037 die Bürgen gegen den Hauptschuldner schützen, auch den Mitbürgen gegen den Bürgen zu gut kommen müssen, welcher nach L.R.S. 2033 den Rückgriff auf sie nimmt, so liegt doch keiner dieser Fälle hier vor; denn

eine Verringerung der Hauptschuld selbst, welche die Bürgen dem Hauptgläubiger gegenüber vor der Bürgschaftsschuld ganz oder theilweise liberirt hätte — L.R.S. 2036 — ist durch den Gantvergleich nicht erfolgt, wie oben gezeigt wurde.

Und ebensowenig hat der den Gantvergleich abschließende Bürge es den Mitbürgen unmöglich gemacht, sich an dem Vermögen des Schuldners zu erholen. L.R.S. 2037. Vielmehr hat Bürge End in doppelter Beziehung zum Vortheile seiner Mitbürgen gehandelt. Indem er zu dem Gantvergleiche mitwirkte, hat er dazu beigetragen, daß der gemeinschaftliche Schuldner nicht seines ganzen Vermögens beraubt worden ist, und sich wieder erholen kann, um den Forderungen seiner Gläubiger gerecht zu werden. Hätten die Beklagten den L.R.S. 2037 zu einer Einrede benützen wollen, so hätten sie thatsächlich ausführen müssen, daß ohne den Gantvergleich die unbevorzugten Gantgläubiger eine größere Quote aus dem Massevermögen erhalten und demgemäß Kläger eine größere, auch ihnen zu gut kommende Deckung erlangt haben würde. Eine solche Behauptung haben sie gar nicht aufgestellt, geschweige denn sie durch Anführung von Thatsachen begründet. Man wird daher annehmen müssen, wie dies die Gerichte in ähnlichen Fällen gethan haben (oberhofg. Jahrbücher u. F. XIII. Band S. 140), daß durch den Abschluß eines Gantvergleichs die Gantgläubiger nicht allein das Interesse des Ganntmanns, sondern ihr eigenes Interesse wahrten und dadurch retteten, was überhaupt zu retten war.

Insofern ist aber

der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten zu betrachten, denn was er aus der Gant durch den Gantvergleich gerettet hat, kommt nicht allein ihm, sondern es kommt in gleicher Weise den Mitbürgen zu gut. L.R.S. 2033 gibt nämlich dem zahlenden Mitbürgen nicht das Recht, Alles, was er gezahlt hat, von seinen Mitbürgen zurückzufordern, sondern nur deren Antheil. Der Grundgedanke dieses Satzes ist, daß der Verlust unter allen Mitbürgen gleich getheilt werde. Hat nun der zahlende Bürge von dem Hauptschuldner in Folge eines Vergleichs einen Theil seiner Vorlage wieder erhalten, so verringert sich dadurch der Verlust für alle, und er ist verpflichtet, diese Zahlung sich aufzurechnen. Dies hat nun der Kläger nicht gethan, und insofern ist die Einrede des Gantvergleichs allerdings von Erheblichkeit.

Der Kläger ist hiernach verpflichtet, die 25 pCt. nebst Zinsen bis zum 6. Dezember 1865, welche er nach dem Gantvergleich zu erhalten hat, von seiner Forderung abzuziehen u. s. w."

Die Frage, ob der Bürge durch einen Nachlaßvertrag befreit wird, welchen der Gläubiger mit seinem in Gant gerathenen Schuldner, gemeinschaftlich mit den anderen Gläubigern, abschließt, findet eine hinreichende Erörterung in

Annalen XX. S. 77. XXII. S. 345.

Lauckhard, Rechtsfälle III. S. 442. VII. S. 361, insbesondere auch Note *),

Digitized by Google

und dem in den oben mitgetheilten Entscheidungsgründen angeführten Aufsatze in den oberhofger. Jahrbüchern n. F. Bd. XIII. S. 140 A.

Die dem Kreisgerichte Offenburg in seinen zwei Abtheilungen zur Erörterung vorgelegte Frage unterscheidet sich von der in der angeführten Literatur ventilirten wesentlich dadurch, daß der Gläubiger, wenn er den Nachlaßvertrag abschließt, mag eine Handelsgant oder eine gewöhnliche Gant vorliegen, mag der Gläubiger durch die Umstände gezwungen weise und vorsichtig handeln, indem er seine Zustimmung zum Vergleiche in einer gewöhnlichen Gant gibt, oder blos in der Voraussicht, daß er doch überstimmt, und dann durch das Gesetz gezwungen würde, dem Handelsschuldner den Nachlaß zu bewilligen — eben doch ganz zweifellos dem Hauptschuldner einen Theil seiner Schuld erläßt, und nach dem Wortlaute des L.R.S. 1287, durch deren Tilgung oder Minderung der Bürge ganz oder theilweise befreit wird. Denn die Verpflichtung des Bürgen ist nur eine accessorische und der Gläubiger ist es, welcher das Recht und die Macht hat, über seine Forderung zu verfügen. Gleichwohl haben sich Gerichte und Rechtslehrer beinahe übereinstimmend ausgesprochen, daß der Bürge durch einen solchen Nachlaßvertrag nicht befreit werde.

In unserem Falle aber bleibt die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfange bestehen, und das Recht des Gläubigers, auf einen jeden Bürgen zu greifen, ungeschmälert.

Die Auffassung der Civilkammer ließ diese Gesichtspunkte unerörtert; sie ging wesentlich von einem ganz anderen Gedanken aus, nämlich davon, daß, wenn der Bürge nach L.R.S. 2033 seinen Rückgriff auf die Mitbürgen nehme, für den Hauptschuldner der Nachlaßvergleich illusorisch sei, indem ja alsdann diese Mitbürgen nach L.R.S. 2028 auf den Schuldner zurückgreifen könnten. Allein ganz dasselbe findet auch statt, wenn der Gläubiger den Nachlaßvergleich abschließt, und dann auf seinen Bürgen greift. Dies Argument ist auch schon in Lauckhard's Rechtsfällen Bd. VII. No. 59 hervorgehoben, wo es heißt: „daß sonst der Bürge, wenn er dennoch zahlen müßte, seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen könnte, und diesem hierdurch, der ihm von seinem Gläubiger bewilligte Vortheil wieder entzogen würde.“ Dieses Argument wurde jedoch nicht als richtig anerkannt. Denn wenn es durchschlagend wäre, so müßte es zu dem Ergebnisse führen, daß durch den von dem Gläubiger abgeschlossenen Vergleich auch der Bürge befreit würde. Allein die Mehrheit der Autoritäten ist, wie erwähnt, der Ansicht, daß der Bürge durch einen solchen Nachlaßvergleich nicht befreit wird: und wie mir scheint, ganz mit Recht.

Denn faßt man die eigentliche Natur der Bürgschaft näher ins Auge; erwägt man, daß die Bürgschaft nicht einmal nothwendig ein Vertrag zwischen Bürgen, Schuldner und Gläubiger ist, sie sogar ohne Wissen und Willen des Schuldners abgeschlossen werden kann, L.R.S. 2014; daß vielmehr durch die Uebernahme der Bürgschaft der Bürge sich in erster Reihe nur dem Gläubiger verpflichtet, L.R.S. 2011, so wird man den Zweck der Bürgschaft eben darin finden, dem Gläubiger eine Sicherheit zu bieten, wenn er ohne sein Verschulden einen Verlust an seiner Forderung erleidet.

Durch den L.R.S. 2033 sind nun mehrere Bürgen ihrem zahlenden Mitbürgen gegenüber in die rechtliche Lage eines Bürgen dem Gläubiger gegenüber gestellt, wenigstens nach Abzug des Antheils des zahlenden Bürgen an der Schuldsumme.

Wenn daher der Bürge, welcher gezahlt, und dadurch nach L.R.S. 2033 die Rückgriffsforderung auf seine Mitbürgen erlangt hat, nicht durch sein Verschulden einen Verlust an dieser Forderung erleidet, so kann der Zweck dieses L.R.S. 2033 nur dadurch erreicht werden, daß er seinen wirklich erlittenen Verlust (also nach Abzug dessen, was er aus dem Gantvergleiche erhält) gegen seine Mitbürgen regressorisch geltend machen darf.

Ihm würde somit nur der Einwand entgegenstehen, daß er den erlittenen Verlust selbst verschuldet habe, also daß der Abschluß des Nachlaßvergleiches ein Verschulden sei, indem er, ohne dem Vergleiche beizutreten, in der Gant — bei Fortsetzung des Gantverfahrens — das Ganze der angemeldeten Forderung erhalten haben würde. Eine solche Behauptung würde aber wohl nie beweislich gemacht werden können, wenn es sich um eine unbevorzugte Forderung handelt. —

So wesentlich verschieden nun auch die beiden Fragen sind, welche in der Ueberschrift einander gegenüber gestellt wurden, so trifft deren Beantwortung doch in dem einen Grundgedanken zusammen, daß das Recht des Gläubigers gegen seinen Bürgen, und das Recht des zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen nicht durch einen, im wohlverstandenen Interesse des Schuldners und seiner

Digitized by Google

Gläubiger bewilligten Nachlaß, sondern nur durch ein wirkliches Verschulden des Berechtigten verloren geht.

Ottendorff.

7.

Die Ermächtigung des Vormunds zur Prozeßführung gilt für alle Instanzen.

L.R.S. 464
Annalen II. S. 83. 84.
XIV. S. 32 Note.
XVI. S. 329.

In Sachen
der Jakob, Maria Anna und Johann Evangelist Harter, sowie Cäcilie, Genofeva, Adelgunde und Pauline Harter von Kaltbrunn, die vier letztern minderjährig, und unter Vormundschaft ihrer Mutter Justine Harter geb. Dreher von da, Kläger, Widerbeklagte, Appellanten, Oberappellanten,
gegen
Andreas Lehmann von Bergzell, Beklagten, Widerkläger, Appellaten, Oberappellaten, Eigenthumsfreiheit betr.,

war vom Anwalt des Beklagten die Berechtigung des Vormunds der minderjährigen Kläger zur Prozeßführung in dritter Instanz angefochten, weil er hiezu die obervormundschaftliche Ermächtigung nicht beigebracht habe. Allein das großh. Oberhofgericht erklärte in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 23. Oktober 1866 diese Ermächtigung, nachdem sie für die früheren Rechtszüge ertheilt worden sei, für die höchste Instanz nicht mehr erforderlich, weil §. 12 der Beil. D. des 9. Organisationsrescripts vom 26. November 1809, worin die betreffende Vorschrift enthalten ist, durch §. 81 des Gesetzes vom 28. Mai 1864, über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und über das Notariat aufgehoben worden ist, nach L.R.S. 464 aber die zur Klagerhebung ertheilte Ermächtigung als für alle Rechtszüge ertheilt gilt, und daher zur Einwendung eines Rechtsmittels keine weitere Ermächtigung nöthig ist.

Vrgl. Zachariä I. S. 282 Note 6.
Notariatsgesetz §. 2 No. 2.
Dienstweisung für Vormünder vom 6. Aug. 1864 §. 10.

Red.

8.

Der einem Wasenmeister bewilligte Gehalt, beziehungsweise die Abgabe von Besoldungsholz an ihn, ist privatrechtlicher Natur.

So erkannte der großh. Verwaltungsgerichtshof in der Sitzung vom 20. November 1866 in Sachen des Wasenmeisters J. G. Steinmayer zu Hüfingen gegen die Gemeinde Blumberg, Forderung von 8 Klaftern Besoldungsholz betreffend. In früherer Zeit bezog die fraglichen 8 Klafter Brennholz der zugleich als Scharfrichter bestellte Wasenmeister von Blumberg von der fürstl. Fürstenbergischen Landesherrschaft. Im Jahre 1793 schloß diese mit der Gemeinde einen Waldabtheilungsvertrag ab, wodurch der letztern für ihre frühere Beholzungsrechte in den fürstl. Waldungen ein gewisses Waldareal als Eigenthum abgetreten wurde und worin diese unter Anderm die Verpflichtung übernahm, künftig die 8 Klafter Brennholz jährlich an den Wasenmeister in Blumberg zu verabfolgen. Nachdem im Jahre 1827 die Wasenmeisterei Blumberg aufgehoben und mit jener in Hüfingen vereinigt worden war, wurde die gleiche Holzabgabe — zum Theil in Folge von mehreren gegen die Gemeinde Blumberg ergangenen Administrativerkenntnissen — an den Wasenmeister in Hüfingen geleistet, bis in neuester Zeit die Gemeinde sich durch die Verordnung über die Behandlung gefallener Thiere vom 17. August 1865 (Rggsbl. No. 44) veranlaßt sah, die fernere Abgabe zu verweigern.

Der Bezirksrath Hüfingen wies die hierauf gegründete Klage als vor den Verwaltungsgerichten nicht stattfindend zurück, weil dieselbe auf einen rein privatrechtlichen Vertrag, den Waldabtheilungsvertrag von 1793, gestützt werde. Der Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß, jedoch aus einem andern Grunde. Nicht das schien maßgebend, daß der Vertrag, wodurch die Last der Holzabgabe — nicht etwa neu konstituirt, sondern nur auf einen andern Pflichtigen übertragen wurde, als ein privatrechtlicher zu betrachten sei, sondern darauf wurde das Hauptgewicht gelegt, daß die fragliche Abgabe, die offenbar den Charakter eines Dienstgehalts an sich trug, ebenso wie die Besoldungen und Gehalte überhaupt, schon ursprünglich eine privatrechtliche Natur hatte, obwohl die Dienstfunktionen, sowie die für dieselben durch Gesetz oder Verordnung bestimmten Gebühren dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören. Denn nirgends besteht ein Gesetz, welches vorschreibt, daß dem Wasenmeister ein Gehalt gegeben werden und worin dieser bestehen soll. Die Bestimmung des Gehaltes ist vielmehr lediglich dem privativen Uebereinkommen Desjenigen, der den Dienst bestellt, und Desjenigen, der ihn übernimmt, überlassen. Die früher unzuständiger Weise erlassenen Administrativerkenntnisse können die rechtliche Natur des Anspruches nicht verändern.

Karlsruher Zeitung 1866 No. 280.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 4.**

9.

Aus der Lehre vom Mandat.

1) Wenn eine Anzahl von Personen, die zur Herstellung eines Kulturunternehmens (hier einer Wiesenwässerungsanlage) als sog. geschäftsführende Commission zusammengetreten sind, und von diesen ein Rechner zur Empfangnahme, Verausgabung und Verrechnung der deßfallsigen Gelder aufgestellt ist: so kommt es bei vorgegangenen Anleihen für die Frage, Wer dem Darleiher gegenüber für die dargeliehenen Gelder haftbar sei, — nur darauf an, Wer bei dem Darleihvertrag dem Darleiher gegenüber als Contrahent aufgetreten sei;

die von dem Rechner blos in dieser seiner Eigenschaft oder zufolge besonderer Anordnung (L.R.S. 1239) geschehene bloße Empfangnahme der Gelder, nachdem der Darleihvertrag bereits zwischen dem Darleiher und der sog. Commission abgeschlossen war, — macht den Rechner noch nicht zu einer Person, welche dem Darleiher gegenüber für die Rückzahlung jener Gelder haftbar wäre.

2) Der Umstand, daß die Bezirksverwaltungsbehörde, das großh. Bezirksamt, die Verhandlungen über die Anleihensaufnahme zwischen der sog. Commission und der darleihenden Kasse vermittelte, hindert nicht, daß der darleihenden Kasse gegenüber doch die Commission als contrahirender Theil erscheint.

3) Die Personen, welche als Commission einer Wiesenwässerungsgenossenschaft im Sinn des §. 14 u. s. w. des Gesetzes vom 13. Februar 1851 Reggsbl. No. 15 — aufgetreten sind, müssen, um die darleihende Kasse von sich ab auf diese angebliche Gewaltgeberin verweisen zu können, auch das wirkliche und rechtliche Bestehen einer solchen Genossenschaft nachweisen. L.R.S. 1997 u. 1998.

4) Wenn der Contrahent, welcher sich als Mandatar eines Dritten gerirte, dieses angebliche Mandatsverhältniß nicht nachweist, so fällt der von ihm abgeschlossene Vertrag nicht schlechthin weg, sondern es tritt zunächst nur die Ueberwälzung der im Vertrag bedungenen Verbindlichkeiten auf jenen angeblichen Mandanten nicht ein, es bleibt aber der angebliche Mandatar von dem abgeschlossenen Vertrag ergriffen.

5) Handlungen einzelner Mitglieder der sog. Commission binden nur diese Mitglieder, nicht auch die übrigen, die dabei nicht mitgewirkt, beziehungsweise nicht dieselben genehmigt haben.

Obige Fragen kamen in zwei Prozessen zur Erörterung, welche die Sparkasse Haslach successive, zuerst im Jahre 1860 gegen Kaufmann Ed. Hansjakob in Haslach, und nachdem sie gegenüber von diesem rechtskräftig abgewiesen war, gegen Bürgermeister Sahl von Gengenbach und Genossen auf Rückzahlung von mehreren Darleihen zusammen im Betrage von 1350 fl. nebst Zins, führen mußte, welche Darleihen sie zur Herstellung einer neuen Wässerungsanlage auf dem Wiesencomplexe des sogenannten Sarachergrüns bei Haslach vorgestreckt hatte.

Die Verhandlungen über jenes Unternehmen und zwar sowohl über die Vorarbeiten, d. h. über Aufnahme eines Nivellements, Planes u. drgl., sowie über die Ausführung der Anlage selbst, um welch' letztere es sich hier handelt, waren von dem betreffenden großh. Bezirksamte geleitet, und auch die Anleihen bei der Sparkasse Haslach unter Vermittlung desselben gemacht worden. Nachdem aber schließlich, wie es scheint, die neue Wässerungsanlage den betreffenden Wiesenbesitzern nicht ganz entsprach, so wurde von verschiedenen betreffenden Wiesenbesitzern die Bezahlung des auf sie ausgeschlagenen Antheils an den Kosten jener neuen Wässerungsanlage verweigert. Ein zwangsweises Einschreiten gegen diese Wiesenbesitzer auf Grund des Gesetzes über Be- und Entwässerungsanlagen vom 13. Februar 1851, wurde auf ergriffenen Rekurs derselben von großh. Regierung des Mittelrheinkreises unterm 18. April 1860 als unzulässig erklärt, weil es dem bei der Ausführung jener

Digitized by Google

Wässerungsanlage — eingehaltenen Verfahren an verschiedenen wesentlichen Voraussetzungen jenes Gesetzes fehle. So entstand für die darleihende Sparkasse die Frage, an Wen sie sich nun wegen Rückzahlung ihrer gemachten Darleihen zu halten habe.

Ueber die gegen den Rechner Ed. Hansjakob gerichtete und in allen drei Instanzen abgewiesene Klage geben die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 19. Februar 1863 Aufschluß, welche dahin lauten:

„Die anher ergriffene Beschwerde der Klägerin gegen die abweislichen Urtheile der beiden Vorderinstanzen erscheint nicht begründet.

Der Beklagte wird für mehrere Darleihen in Anspruch genommen, welche die klagende Sparkasse bei Anlaß einer neuen Bewässerungsanlage des sogen. Sarachergrüns gemacht hatte. Allein, wenn auch der Beklagte nach dem Wunsch der Betheiligten die Verrechnung der zu jenem Behuf sich ergebenden Einnahmen und Ausgaben geführt hat; so ergibt sich doch aus der eigenen Darstellung der Klägerin — besonders in der Replik — und aus den von den Beklagten abschriftlich vorgelegten und klägerischerseits nicht beanstandeten Urkunden vom 17., beziehungsweise 19. und 20. Februar 1857 (Amtsakten S. 137), daß der Beklagte bei Abschluß der fraglichen Darleihensverträge nicht als Contrahent gegenüber der Darleiherin mitwirkte. Es war nämlich darnach nicht der Beklagte, sondern es waren andere Personen, welche die Aufnahme der fraglichen Anleihen beantragten, und auf deren Antrag unter Hinzutreten der bezirksamtlichen Genehmigung dann die klagende Sparkasse die Anleihen zu der fraglichen Wässerungsanlage bewilligte, sei es auf Namen und Rechnung jener jeweils als Antrag- und Gesuchsteller aufgetretenen geschäftsleitenden Personen, der sogenannten Kommission der Wiesengenossenschaft des Sarachergrüns, sei es auf Namen und Rechnung sämmtlicher betreffenden Wiesenbesitzer, welche beiderlei Bezeichnungen in den obenerwähnten Urkunden vorkommen, — jedenfalls nicht auf Namen und Haftbarkeit des Beklagten. Dieser hat bei dem Abschluß dieser Darleihensverträge nicht selbstständig gehandelt, dieselben weder in eigenem Namen, noch als Gewalthaber eines Dritten abgeschlossen.

Der Umstand aber, daß nach der von den Anleihern getroffenen Anordnung das aufzunehmende Kapital an den Beklagten oder in die Verrechnung des Beklagten abgegeben wurde, machte den Beklagten etwa zu einem Empfangsbevollmächtigten der Anleiher im Sinne L.R.S. 1239, brachte ihn aber keineswegs in ein selbstständiges Vertragsverhältniß zu der Darleiherin mit der Wirkung, als wenn er selbst der Anleiher wäre; vielmehr trifft ihn wegen der auf diese Weise an ihn übergebenen bezw. von ihm zu Handen genommenen Gelder keine andere Haftbarkeit, als wenn die Abschließer der Anleihen jeweils die Gelder selbst von der Darleiherin in Empfang genommen, und dann dem Beklagten zu der bezeichneten Verwendung oder Verrechnung übertragen hätten: der Beklagte ist wohl den Letztgenannten oder überhaupt denjenigen, von welchen er zur Rechnungsführung aufgestellt wurde, über die ihm zu Handen gestellten Summen zur Rechnungsstellung schuldig, aber bezüglich des Vertrags, wodurch seine Rechnungsherren sich die fraglichen Gelder bei der Klägerin verschafften, mag sich diese an die Ebengenannten als vertragschließenden Theil halten, wogegen der Beklagte als dritter Empfänger des Geldes der Darleiherin gegenüber nicht persönlich für die Rückzahlung haftbar ist.

Wenn sodann Klägerin weiter auszuführen sucht, daß die fraglichen Darleihen nur unter der Voraussetzung gegeben worden seien, daß für die in Angriff genommene Wässerungsanlage eine rechtsgiltige Genossenschaft im Sinn des Gesetzes vom 13. Februar 1851 bestehe oder von der Staatsbehörde als vorhanden anerkannt wurde, diese Voraussetzung aber nicht eingetreten, und daher der Fall zur Zurückforderung der Darleihen mittelst einer condictio sine caussa oder einer condictio causa data caussa non secuta — vorhanden sei, so könnte eine solche condictio jedenfalls nur gegen jene Personen angestellt werden, in deren Vermögen und Eigenthum die dargeliehenen Gelder übergegangen sind; dieses ist aber wieder nicht der Beklagte, da dieselben nach der vorangegangenen Ausführung nicht in dessen eigenes Vermögen kamen, sondern ihm nur zur Verrechnung überwiesen waren, und deren Verwendung nicht zu seinen eigenen Gunsten, sondern zu Gunsten eines andern Rechtssubjektes zu geschehen hatte.

Hiernach waren die abweislichen Urtheile der Vorderinstanzen, und zwar gemäß §. 168 der Pr.O. unter Verfällung der Klägerin, Oberappellantin auch in die Kosten dieses Rechtszuges zu bestätigen.“

Die Klage, welche nun die Sparkasse Haslach gegen die sogenannte Commission der Wiesenwässerung

Digitized by Google

des Sarachergrüns auf Rückzahlung jener Darleihen nebst Zins anstellte, war in erster und zweiter Instanz wieder abgewiesen worden, fand aber in dritter Instanz durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 29. Januar 1866 eine Entscheidung zu Gunsten der klagenden Kasse.

Die deßfallsigen Entscheidungsgründe, aus welchen auch das Thatsächliche des Falles näher zu entnehmen ist, lauten:

„Die klagende Sparkasse findet sich beschwert, weil sie durch die vorderinstanzlichen Urtheile mit der Anforderung der Beträge mehrerer Darleihen nebst Zinsen gegenüber der Beklagten abgewiesen wurde. Die Beschwerde erscheint als gegründet.

Von den Beklagten wird nicht widersprochen, daß aus Anlaß der Einrichtung einer neuen Wässerungsanlage für die verschiedenen Eigenthümern gehörigen Wiesen des sogenannten Sarachergrüns bei Haslach die fraglichen Darleihensbeträge von der klagenden Sparkasse zu Handen eines Rechners, welcher in Bezug auf jene Angelegenheit aufgestellt worden war, ausgefolgt worden sind; sie bestreiten aber ihre Haftbarkeit für diese Gelder, weil jener Rechner, Ed. Hansjakob von Haslach, nicht von ihnen aufgestellt worden sei, und weil bei Annahme jener Anleihen nicht sie, sondern vielmehr nur das damalige großh. Bezirksamt Haslach als Verwaltungsbehörde gehandelt habe, und jedenfalls die Anleihen nicht auf den eigenen Namen der Beklagten, sondern von ihnen nur in der Eigenschaft als geschäftsführender Commission der Wiesenwässerungsgenossenschaft des Sarachergrüns, also nur auf den Namen und für Rechnung dieser Genossenschaft aufgenommen worden wären.

Allein für's Erste muß nach den vorgelegten und anerkannten Urkunden über die fraglichen Anleihensaufnahmen, und nach den angerufenen Administrativakten über jene Wässerungsangelegenheit — angenommen werden, daß bei den fraglichen Anleihensaufnahmen nicht das großh. Bezirksamt, sondern allerdings die Beklagten auf Seiten des anleihenden Theils als handelnde Personen, wenn auch in der Eigenschaft einer Commission, wie sie oben bezeichnet wurde, aufgetreten, und daß die Beklagten, wenn auch wieder in jener Eigenschaft diejenige Person waren, zu deren Verfügung die Anleihensbeträge von der Darleiherin, gemäß der von den Beklagten bewirkten Vertragsbestimmung zu stellen waren. Für dieses rechtliche Verhältniß der Beklagten zu jenen Geldern blieb es aber dann ohne Bedeutung, wenn diese Gelder nach der ebenfalls von den Beklagten getroffenen Anordnung zunächst einem sogen. Verrechner, der übrigens auch von den Beklagten aufgestellt war und unter ihren Befehlen stund, in rein physischem Sinne gleichsam als ihrem Organe zu Handen gegeben wurden, wie dies mit Recht von klägerischer Seite unter Berufung auf den früheren, von der Klägerin gegen jenen Rechner geführten Rechtsstreit hervorgehoben wurde. Der Wille der Beklagten zu einem thätigen Auftreten bei der Aufnahme der Anleihen ergibt sich nun schon im Allgemeinen aus dem Amtsprotokolle vom 19. Februar 1859. Nachdem nämlich die Beklagten schon bei den früheren Vorbereitungsarbeiten für das fragliche Kultivirungsunternehmen mitgewirkt hatten, haben sie in der Folge ausweislich der erwähnten Protokolls des großh. Bezirksamts Haslach es übernommen, die Geschäfte der Genossenschaft bezüglich der dort näher angedeuteten Herstellung der Wässerungsanlage zu besorgen, und zur Bestreitung der unumgänglich nöthigen Kosten ein Kapital bei der Sparkasse aufzunehmen, wobei denn auch für die Beklagten, wenn auch wohl auf Vorschlag des großh. Bezirksamtes, aber doch jedenfalls unter Genehmigung der Beklagten, die auch das Protokoll unterzeichnet haben, die Bezeichnung als „Commission“ angenommen, und sohin fortan auch bei den nachfolgenden Vorgängen angewendet wurde. Ebenso erscheint es als eine in diesem Protokolle von den Beklagten in ihrer Eigenschaft als Commission gutgeheißene Anordnung, daß E. Hansjakob die Verrechnung über die Verwendung des fraglichen, von der Commission in Aussicht genommenen, Kapitalanleihens besorgen sollte; und es ist daher der Widerspruch der Beklagten gegen die klägerischer Seits gemachte Behauptung, daß dieser Rechner von Seite der Beklagten aufgestellt worden sei, nicht begründet, wenn es im Uebrigen auch richtig ist, daß derselbe auch schon vorher, am 30. Juli 1853, anläßlich der Vorarbeiten des fraglichen Unternehmens von den zu jenem Behuf versammelten Wiesenbesitzern als Verrechner gewählt worden war. Ebendeßhalb aber, weil Ed. Hansjakob auch speciell von den Beklagten als ihr Rechner aufgestellt war, erscheint er bei seinen, in dieser Eigenschaft gethanen Schritten, als Gewalthaber der Beklagten, und werden die Letzteren für dieselben verbindlich.

Was nun die Aufnahme der einzelnen Anleihen betrifft, so haben:

Digitized by Google

a) bei der Aufnahme des Anleihens von 600 fl. sämmtliche vier Beklagte, beziehungsweise Mitglieder der Commission mitgewirkt. Ihre Thätigkeit bestund darin, daß sie ausweislich des Amtsprotokolls vom 17. März 1856 den Antrag auf die Aufnahme eines solchen Anleihens stellten, und da nach der Veranlassung zu ihrem Erscheinen vor Amt und im Hinblick auf die vorausgegangene allgemeine Erklärung der Commission im Amtsprotocoll vom 19. Februar 1856 — die Stellung dieses Antrags an das Bezirksamt nur in der Absicht geschehen sein konnte, daß diese Staatsstelle die nöthigen Mittheilungen zur Effectuirung des Anlehens bei der Sparkasse Haslach mache, so erscheint auch gegenüber der Sparkasse diese Commission, ungeachtet ihre Anträge durch die Zuschrift des Bezirksamtes an diese Kasse übermittelt wurden, als die das Anleihen nachsuchende Persönlichkeit, wie dies auch in den Worten des amtlichen Erlasses liegt, indem darin die Commission als anleihender Theil bezeichnet wird; und wenn die Ausfertigung des amtlichen Erlasses wie beiderseits angenommen wird, an den Rechner der Commission Ed. Hansjakob gegangen ist, so erscheint dieser darnach als von der Commission selbst zur Aufnahme dieses Anleihens ermächtigt, und muß die Commission die an ihren Rechner Ed. Hansjakob in drei Abtheilungen, nämlich am 26. März 1856 mit 300 fl., am 12. April 1856 mit 150 fl. und am 28. April 1856 mit weiteren 150 fl. geschehene Auszahlung des Darleihens von Seite der Sparkasse als für sich bindend anerkennen.

Ebenso verhält es sich

b) mit der Aufnahme des Anleihens von 300 fl. vom 29. October 1856, indem deßfalls die übrigen Mitglieder der Commission, mit Ausnahme des Bürgermeisters Sahl von Haslach, ähnlichen Antrag bei großh. Bezirksamt unterm 1. September 1856 gestellt hatten, und darauf ähnlicher amtlicher Erlaß und zwar dieses Mal unmittelbar an die Sparkasse ausgefertigt worden war, und die Auszahlung dann von dieser an den Rechner der Commission Ed. Hansjakob unterm 29. October 1856, und zwar unter Mitwirkung also Billigung, auch des vierten Commissionsmitgliedes des Bürgermeisters Sahl von Haslach, der zugleich als Vorstand der Kasse fungirte, geschehen ist.

Anders war der Verlauf

c) bei dem Anleihen von 400 fl. vom 20. Februar 1857, und ebenso

d) bei dem Anleihen von 50 fl. vom 15. Februar 1858, indem bei beiden Anleihen nur das einzige Commissionsmitglied, Bürgermeister Sahl, und zwar bezüglich des ersteren unterm 12. Februar 1857, und bezüglich des letzteren unterm 6. Februar 1858, den betreffenden Antrag an das Bezirksamt gestellt, und daraufhin diese Staatsstelle eine ähnliche Ermächtigung wie bei den früheren Anleihen zu Handen des Rechners der Commission Ed. Hansjakob verfügt hat. Obgleich nun in den betreffenden amtlichen Erlassen vom 17. Februar 1857 und 9. Februar 1858 wieder die Commission, und zwar, wie es dort heißt, die Commission der Wiesengenossenschaft des Sarachergrüns, als anleihender Theil bezeichnet, und zur Aufnahme des Anleihens unter der Verrechnung des Ed. Hansjakob ermächtigt wird: so hat doch die hiergegen von den Mitbeklagten Feger von Steinach und von Bollenbach und Reser von Schnellingen erhobene Beanstandung nach dem erwähnten Sachverhalte insofern Grund, als die drei Mitbeklagten zu jenem Akte nicht unmittelbar mitgewirkt hatten. Nach den Rechtsgrundsätzen über das Mandat — L.R.S.S. 1997 und 1998 — wird es daher darauf ankommen, ob, wie klägerischer Seits weiter behauptet ist, auch diese drei Mitglieder der Commission dem Bürgermeister Sahl ihre Zustimmung zu dem von ihm gethanen Schritte, oder ihre Genehmigung desselben erklärt haben, in welchem Falle auch sie der darleihenden Kasse haftbar sein würden. Von Seiten dieser Beklagten ist aber jene Behauptung widersprochen, und da andere Beweismittel dafür nicht beigebracht sind, so war auf den ihnen darüber zugeschobenen und von ihnen angenommenen Eid zu erkennen, welcher von den Erben des inzwischen verstorbenen Bürgermeisters Feger von Steinach, beziehungsweise von der Vormünderin, §. 578 der Pr.O., in der Form des §. 530 Ziff. 2 der Pr.O. zu leisten ist. Wenn die Eide geleistet werden, so bleibt der Sparkasse gegenüber der Bürgermeister Sahl allein für den ganzen Betrag dieser zwei Darleihen haftbar, auf was auch eventuell die Absicht der Klage nach dem unbestimmt gegen die Commission und deren Mitglieder lautenden Inhalte derselben gerichtet erscheint, worüber sich im Klagbegehren nicht näher ausgesprochen ist. Bei Verweigerung der Eide haftet jeder der vier Beklagten für ein Viertheil auch an diesen Darleihen nebst Zinsen.

Es ist in der bisherigen Ausführung alles Gewicht auf die unmittelbare Betheiligung der Beklagten bei dem

Digitized by Google

Abschluß der fraglichen Anleihen gelegt, indem der weiteren Vertheidigung, welche die Beklagten hauptsächlich für sich geltend machen, daß sie nämlich die fraglichen Anleihen nur für die Genossenschaft der betreffenden Wiesenbesitzer aufgenommen und verwendet hätten, keine Folge gegenüber der klagenden Kasse gegeben werden kann. Es ist zwar allerdings, und wie man annehmen muß, nach dem Willen der Commission in den amtlichen Erlassen, durch welche die Anleihensgesuche der Commission an die Sparkasse übermittelt wurden, durch die Hinweisung auf den §. 37 des Gesetzes vom 13. Februar 1851, Rggsbl. No. 15, angedeutet, und in den letzten Erlassen vom 17. Februar 1857 und 9. Februar 1858 auch ausdrücklich gesagt, daß die Anleihensaufnahme durch die Beklagten in der Eigenschaft als Commission einer Genossenschaft im Sinne jenes Gesetzes geschehe; — allein, wenn man aus dieser Anführung auch annimmt, daß damit die Commission auch der darleihenden Kasse gegenüber kundgegeben habe, daß sie nicht in eigenem Namen, sondern im Namen und auf Rechnung einer Genossenschaft im Sinne des bemerkten Gesetzes die Anleihe mache, so tritt eben den Beklagten der Umstand entgegen, daß — wie es sich herausgestellt hat — die Anführung hinsichtlich jener Genossenschaft unrichtig war, und daß in Wahrheit eine solche Genossenschaft rechtlich nicht bestand. Es ist dies jetzt beiderseits unter Bezug auch auf den deßfallsigen Erlaß der großh. Regierung des Mittelrheinkreises vom 13. April 1860, No. 4946, zugegeben, sowie es sich auch aus einer Vergleichung der ausweislich der vorliegenden Administrativakten stattgehabten Verhandlungen mit den Bestimmungen des Gesetzes vom 13. Februar 1851, §§. 1. 6. 10. 11 und 5 u. s. w. ergibt, indem nach Beischaffung der Vorbereitungsarbeiten, Pläne u. drgl. über die wirkliche Ausführung des Unternehmens und über die Tragung der deßfallsigen Kosten keine Versammlung sämmtlicher Betheiligten, und weder ein gütliches Uebereinkommen, noch ein Beschluß der erforderlichen Mehrzahl, noch eine deßfallsige Staatsministerialentscheidung nach §. 10 und 11 des Gesetzes stattgefunden hatte. Um aber nun bei den Anleihen die Beklagten von Haftbarkeit freizumachen, genügte es keineswegs an der bloßen Angabe, daß sie in der Eigenschaft als Mandatare einer Genossenschaft handelten, sondern sie mußten der Darleiherin auch wirklich solch' eine dritte Person als Gewaltgeberin, und welche also für die aus dem Vertrag entspringenden Verbindlichkeiten eintrete, nachweisen und darstellen, im entgegengesetzten Falle, — wenn es sich, wie hier ergibt, daß eine Bevollmächtigung, wie sie angegeben war, nicht besteht, erscheint die eigene Person des angeblichen Mandatars als vertragschließender Theil — treffen diesen persönlich die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag. Es ergibt sich dies schon aus der Entwicklung der Lehre vom Mandat im römischen Recht, auf dessen Grund auch das französische Recht gebaut ist. Nachdem nämlich in jenem Recht ursprünglich aus solchen durch einen Mandatar abgeschlossenen Rechtsgeschäften hinsichtlich des dritten Contrahenten nur Rechtsbeziehungen zwischen diesem und dem Mandatar, und keine gegenüber dem Mandanten eingetreten waren, wurden erst später auch direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Mandanten anerkannt, aber auch dann noch ohne die Klage des Dritten gegen den Mandatar auszuschließen. Wenn nun auch im neueren Rechte, und insbesondere im französischen Rechte das Rechtsverhältniß beim Mandat noch weiter in der letzteren Richtung entwickelt wurde, daß, wie die L.R.S.S. 1997 und 1998 zeigen, bei den durch den Mandatar mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäften in der Regel der Dritte sich nur an den Mandanten, und nicht mehr an den Mandatar soll halten können, so ist diese Regel durch das Gesetz doch nur unter der Voraussetzung aufgestellt, daß einmal der Mandatar diese seine Eigenschaft bei dem Vertragsabschluß erklärt habe, sodann daß die von ihm angegebene Person sich wirklich als Gewaltgeber darstellt, im entgegengesetzten Falle bleibt es, wie im älteren Recht, immer bei der eigenen Verbindlichkeit des (angeblichen) Mandatars für das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft.

> Vrgl. Dalloz, Répert. XXX. du Mandat No. 307 S. 724 . . . . que celui, qui traite avec un tiers en qualité de mandataire, est garant de l'existence de cette qualité . . . . und ebendaselbst S. 626 Note 5 (Exposé des motifs des betreffenden Gesetzes).
>
> Troplong, du Mandat No. 511 ff. No. 592 (personnellement tenus) und No. 599 u. 600.
>
> v. Holzschuher, Theorie 2c. d. gem. Civilrechts Bd. III. S. 643 §. 274 Ziff. 1.

Es macht hiebei auch keinen wesentlichen Unterschied daß von den Beklagten nicht eine einfache physische Person sondern eine sogenannte juristische Persönlichkeit, nämlich

Digitized by Google

eine Genossenschaft im Sinne des Gesetzes vom 13. Febr. 1851 als ihre Gewaltgeberin angeführt wurde. Sie hatten auch hier, um nicht selbst von dem durch sie abgeschlossenen Vertrag ergriffen zu werden, der Darleiherin eine solche wirklich und rechtlich bestehende Genossenschaft nachzuweisen, an welche die Darleiherin sich wegen der zu Handen der Beklagten abgegebenen Gelder halten konnte; und es war daher, wenn die Beklagten einen Vertrag unter einer solchen Versicherung abschlossen, ihre Sache zu prüfen, ob die Voraussetzungen, welche das Gesetz zu dem rechtlichen Bestehen einer solchen Genossenschaft fordert, in der That im vorliegenden Falle vorhanden seien. Der Gegentheil konnte sich bei jener Zusicherung der Beklagten beruhigen, ohne zu eigener Nachforschung verpflichtet zu sein.

Vrgl. auch Troplong, a. a. O. No. 592.

Dalloz, Rép. XXX. (Mandat) No. 307 S. 724.

Ein etwaiger faktischer Irrthum, in welchem die Beklagten sich über den Inhalt der einschlagenden bei großh. Bezirksamte stattgehabten Verhandlungen befunden haben sollten, wäre bei dem Umstand, daß diese Verhandlungen ihnen zur Einsicht offen stunden, gemäß L.R.S. 1110a ein selbstverschuldeter, und aus diesem Grunde, sowie ein etwaiger Rechtsirrthum hinsichtlich des Gesetzes vom 13. Februar 1851, schon nach L.R.S. 1b nicht zu berücksichtigen, abgesehen von der Frage, ob bei einer deßfallsigen Umstoßung des Darleihvertrags und Wiederherstellung des früheren Standes der Dinge, die Beklagten nicht zur Zurückgabe der in Folge jenes Irrthums erhobenen Gelder an die darleihende Kasse schuldig sein würden.

Ebendeßhalb aber nun, weil in Folge des Nichtbestehens der angegebenen Bevollmächtigung Seitens einer Genossenschaft nur die Ueberwälzung der Vertragsverbindlichkeiten auf diese Genossenschaft wegfällt, und jene Verbindlichkeiten auf dem unmittelbaren vertragschließenden Theil, den Beklagten, ruhen bleiben, so genügte auch gegenüber den beklagten, angeblichen Mandataren, die hier auf den Vertrag und auf die dabei obgewalteten Verhältnisse gebaute Klage, und es war die Klägerin nicht, wie das Appellationsgericht annahm, auf eine eigene sogenannte Schadensersatzklage zu verweisen.

Was endlich die vertragsmäßigen Zinsen aus den Anleihen betrifft, so sind die Beklagten gemäß der bisherigen Ausführungen ebenfalls dazu verbindlich, nur muß es eben auch bei den Anleihen von 400 fl. vom 20. Febr. 1857, und von 50 fl. vom 15. Febr. 1858 bei Zinsen von blos 4½ pCt. verbleiben, da in der Klage nur Zinse dieser Größe angefordert waren, und die erst in der Beweisantretung nachgeschobene Mehrforderung von Zinsen zu 5 pCt. bei der von den Beklagten gegen diese Klagänderung erhobenen Einsprache gemäß §. 253 der Pr.O. nicht zu berücksichtigen ist. Auch die vorgeschützte Einrede der Verjährung des L.R.S. 2277 hinsichtlich der mehr als 5 Jahre alten Zinsen hat eine Folge, indem auch nach Aufrechnung der am 14. Dezember 1859 geschehenen Abschlagszahlung von 100 fl. auf die damals verfallenen Zinse immerhin noch einige Zinsraten übrig bleiben, die mehr als 5 Jahre alt sind von der Klagzustellung zurückgerechnet. Eine besondere Anerkennung dieser Zinse und Unterbrechung der deßfallsigen Verjährung ist auch in der fraglichen Abschlagszahlung nicht enthalten, und ist also die Einrede der Zinsenverjährung zu berücksichtigen.

Zu bemerken kommt, daß an die Stelle des inzwischen verstorbenen Bürgermeisters L. Feger von Steinach dessen drei Kinder in seine Verbindlichkeit einzutreten haben.

Indem hiernach die abweislichen Urtheile der beiden vordern Instanzen abgeändert werden, fallen gemäß §. 170 der Pr.O. die Kosten der 2. und 3. Instanz auf die Beklagten. Was die Kosten der 1. Instanz betrifft, so sind davon ⅔tel vorweg den vier Beklagten zuzuweisen, weil dieselben in einen solchen Theil der Klagsumme sofort verurtheilt sind; was das weitere ⅓tel dieser Kosten betrifft, so wird dasselbe je nachdem die urtheilsmäßige Eide geleistet oder verweigert werden, von dem Mitbeklagten Bürgermeister Sahl allein, oder auch von den übrigen Mitbeklagten, beziehungsweise von einigen derselben zu ihren Antheilen mitzutragen sein."

Das großh. Amtsgericht Haslach war in den Entscheidungsgründen zu seinem abweislichen Urtheile vom 8. Januar 1865 hauptsächlich davon ausgegangen, daß die Beklagten durch die angeführten Vorgänge noch nicht als die Personen sich darstellten, welche die Darleihensverträge mit der fl. Sparkasse abgeschlossen hätten, indem sie auch namentlich keine Schuldscheine an die fl. Sparkasse unterzeichnet hätten.

Das großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg, Appellationssenat, hatte zu seinem die Abweisung der Klägerin bestätigenden Urtheile vom 14. Juli 1865 — folgende Begründung beigefügt:

Digitized by Google

„Klägerin erscheint durch das angefochtene, unterrichterliche Urtheil nicht beschwert, da sich schon aus dem Inhalt der Klage selbst ergibt, daß die vier Beklagten die fraglichen Darleihen nicht für sich, sondern, was Klägerin bei Hingabe des Geldes auch wußte, als Commission einer Genossenschaft für letztere aufgenommen haben, also sie nicht die zur Rückerstattung verpflichteten Anleiher sind, womit auch der Inhalt der angerufenen Verwaltungsakten übereinstimmt. Wenn die Beklagten dadurch, daß sie sich der Klägerin als Gewalthaber eines nicht vorhandenen Gewaltgebers darstellten, eine unrechte Handlung begangen haben, und die Klägerin deßhalb glauben sollte, sich an die Beklagten halten zu können, so mag sie mit einer Entschädigungsklage gegen die Beklagten auftreten, soweit sie damit auszureichen gedenkt."

Diesen Auffassungen der Vorderinstanzen ist nun in den vorstehenden oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen entgegengetreten. Betzinger.

10.

Die Summe, wofür das Leben des einen Ehegatten ausdrücklich zu Gunsten des andern Ehegatten versichert ist, fällt nicht in die eheliche Gütergemeinschaft.

Vrgl. Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung 2. Bd. S. 6. 7. 10. 18. 24 (Aufsatz von Renaud über Verträge zu Gunsten Dritter)*).

In Sachen
der Wittwe A. M. Müller von Mannheim, Klägerin
gegen
Katharina Elise Müller von da, unter Vormundschaft des Kleidermachers Karl Wörner, Beklagte,
Berichtigung einer Theilung betr.

Am 1. Dezember 1863 versicherte der Güterpacker Karl Joseph Müller von Mannheim bei der Lebensversicherungsbank Kosmos auf sein Leben die Summe von 500 fl., welche an seine zweite Frau, Anna Margaretha Müller innerhalb 3 Monaten nach seinem Tode ausbezahlt werden sollte.

Ueber diesen Vertrag wurde eine Police ausgefertigt und darin angeführt, daß derselben ein sogenannter Versicherungsvertrag vom 18. November 1863 zu Grund liege. Dieser Versicherungsvertrag ist von beiden Eheleuten unterzeichnet und enthält gleichfalls die Bestimmung, daß die überlebende Frau die Versicherungssumme nach dem Tode des Mannes erhalten solle.

Am 2. Februar 1866 starb der Mann C. J. Müller mit Hinterlassung einer Tochter aus erster Ehe. Seine zweite Ehe war kinderlos.

Bei der Gemeinschafts- und Erbtheilung stellte der Vormund der minderjährigen Tochter das Begehren, die Versicherungssumme von 500 fl. zur Gemeinschaftsmasse zu ziehen, während die Wittwe Müller diese Summe als ihr Sondereigenthum in Anspruch nahm. Da der Vormund auf seinem Begehren beharrte, so erhob die Wittwe Müller bei der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim eine Klage und stellte den Antrag, ihr die fraglichen 500 fl. als ausschließliches Eigenthum zuzuerkennen.

Zur rechtlichen Begründung dieser Klage wurde vorgetragen, daß die 500 fl keinen Bestandtheil des ehelichen Gemeinschaftsvermögens bildeten, weil die Forderung erst nach dem Tode des Mannes entstanden sei.

In der Regel seien zwar Verträge nur unter der Contrahenten wirksam, allein das praktische Bedürfniß erlaube eine strenge Durchführung dieses Grundsatzes nicht, weil sonst ein Ehemann, Vater oder sonstiger Verwandte keine Lebensversicherung zu Gunsten seiner Angehörigen eingehen könne. Darum verordne der L.R.S. 1973, daß eine Leibrente zum Vortheil eines Dritten bestellt werden könne, für welchen ein Anderer den Preis hergegeben habe, und daß in diesem Falle die Formen der Schenkung nicht eingehalten zu werden brauchten. Dem Falle der Rentenbestellung stehe aber der Fall der Auszahlung einer bestimmten Geldsumme ganz gleich. Auch sei hier der L.R.S. 1121 anwendbar. Durch die Mitunterschrift des Versicherungsantrags vom 18. Nov. 1863 habe die Ehefrau die ihr durch den Versicherungsvertrag stipulirten Vortheile acceptirt.

Von beklagter Seite wurde entgegengehalten, daß der Anspruch auf die Versicherungssumme während des Bestandes der Ehe erworben worden, daß die Forderung nur eine betagte gewesen sei, und daß sie somit in die Gemeinschaft falle. Wenn man annehme, daß hier eine freigebige Verfügung zu Gunsten der Ehefrau

*) S. auch Bd. XXXII. Nr. 36 Ziff. 133 S. 284 ff.

Digitized by Google

vorliege, so sei der L.R.S. 931 nicht beobachtet und der L.R.S. 1098 verletzt.

Dem aus L.R.S. 1098 entnommenen Einwand wurde klägerischerseits entgegengehalten, es sei bei freigebigen Verfügungen zu Gunsten Dritter nicht die Rente oder die Versicherungssumme in Anschlag zu bringen und mit dem vom Erblasser hinterlassenen Vermögen zusammen zu rechnen (L.R.S. 922), sondern nur derjenige Kapitalbetrag, gegen dessen Auszahlung die Versicherungssumme versprochen wurde, da es nur allein dieser Betrag sei, welcher sich in der Verlassenschaft vorfände, wenn die Disposition zum Vortheil der Frau nicht stattgefunden hätte.

Das großh. Kreis- und Hofgericht, Civilkammer I., erkannte durch Urtheil v. 15. September 1866, No. 2453, zu Recht:

„Es sei die Erbtheilung auf Ableben des Güterpackers Karl Joseph Müller dahier vom 5. Mai 1866 dahin zu berichtigen, daß die versicherte Summe von 500 fl. nicht in die Gemeinschaftsmasse von der Klägerin zur Theilung einzuwerfen, sondern ihr ausschließlich als Sondereigenthum zuzutheilen, und zum Selbsteinzug zu überweisen sei. Die erhobene Widerklage (auf Minderung) sei abzuweisen.

Entscheidungsgründe.

Die Rechtsbeständigkeit eines Lebensversicherungsvertrags, insbesondere, wie hier, zu Gunsten eines überlebenden Ehegatten, ist allgemein unbestritten und ist die Gültigkeit des Vertrags überhaupt hier nicht in Zweifel gezogen worden.

Was nun die rechtliche Natur der aus demselben hervorgehenden Verbindlichkeiten anbelangt, so ergibt sich:

Es ist unrichtig, wenn der Beklagte behauptet, die Forderung der Versicherungssumme sei für die Gütergemeinschaft erworben worden.

Eine Forderung, die erst nach dem Tode des einen Ehegatten, — mithin erst nach Auflösung der Gütergemeinschaft ihre rechtliche Entstehung erhält, eine Zahlung, welche früher gar nicht erfolgen darf, kann unmöglich als Theil der Gütergemeinschaft angesehen werden — und würde eine solche Annahme außerdem ganz dem Zwecke dieses vorliegenden Rechtsgeschäfts widersprechen, der gerade dahin geht, daß die erkaufte Versicherungssumme nicht in die Gütergemeinschaft fallen, sondern dem überlebenden Ehegatten allein zu Theil werden solle.

Ebenso unrichtig ist die Behauptung, durch den vorliegenden Vertrag habe der verstorbene Ehemann der Klägerin seiner Ehefrau eine Schenkung im Betrage von 500 fl. gemacht, die nunmehr der Minderung unterworfen werden müsse.

Die Schenkung der Versicherungssumme von 500 fl. liegt schon aus dem Grunde nicht vor, weil der verstorbene Karl Joseph Müller selbst diese Summe nie besessen hat und auch niemals in der Zukunft berechtigt gewesen sein würde, das Geld für sich in Anspruch zu nehmen. Durch das fehlende Anrecht an diesem Geldbetrag wird aber der Begriff der Schenkung natürlich von selbst ausgeschlossen.

Damit fällt auch die von beklagter Seite erfolgte Bemänglung der Form des vorliegenden Vertrags und die Behauptung weg, als hätten hier die Formen des Schenkungsvertrags eingehalten werden müssen, — es ist vielmehr nach Analogie des L.R.S. 1973 anzunehmen, daß Verträge, wie der vorliegende, in formeller Beziehung keinen besonderen Vorschriften unterworfen sind.

Es ergibt sich somit, daß die Versicherungssumme von 500 fl. keinen Theil der Gemeinschaft bildet, und daß sie einer Minderung nicht unterworfen ist.

Streitig könnte nur die Frage werden, ob die von C. J. Müller gezahlten Prämien (29 fl. 33 kr.) als auf das zukünftige Alleineigenthum der überlebenden Ehefrau verwendet, der Gemeinschaft ersetzt werden müssen. (L.R.S. 1437.)

Die Frage, ob solche Prämien als wirkliche, zum Ersatz geeignete Verwendungen oder nur als Geschenke an den andern Ehegatten angesehen werden sollen, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen.

Hier ist nun die jährlich zu zahlende Prämie so unbedeutend, daß die Absicht des Ehemanns, die Zahlung der letzteren als ein erlaubtes Geschenk (L.R.S. 1100a) zu betrachten, mit Sicherheit angenommen werden kann, weßhalb kein Grund vorliegt, die Ehefrau zum Wiederersatz der bezeichneten Summe anzuhalten.

Es mußte deßhalb bezüglich der Vorklage den Anträgen der Klägerin entsprochen, bezüglich der Widerklage aber abweisend erkannt werden. Bracht, Anwalt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. **No. 5.**

11.

Appellation gegen den Vertheilungsbescheid.

I.

Die Vorschrift in §. 823 der Pr.O., daß die bei dem Gantgericht mit specieller Angabe der Beschwerde angemeldete Appellation gegen die Verfügungen über Erinnerungen gegen den Inhalt des Vertheilungsbescheides — **innerhalb 14 Tagen bei dem Obergerichte gerechtfertigt werden müsse**, ist nach dem Geiste der neuen Prozeßgesetzgebung ohne Zweck, daher für **keine wesentliche** zu achten.

Wenn das Erkenntniß, wodurch ein Rechtsmittel mit Unrecht als unzulässig verworfen war, aufgehoben wird, so sind die Acten an das Gericht, welches diese Verwerfung ausgesprochen hatte, zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel zurückzugeben. §§. 1145. 1147 der Pr.O.

In Sachen

der Ehefrau des Joseph Kessinger, Agathe geborenen Margraf in Stetten, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin

gegen

die Gantmasse ihres Ehemanns, nun gegen Conrad Andelfinger in Schönbuch, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Einsprache gegen den Vertheilungsbescheid betreffend,

wurde durch Verfügung des großh. Amtsgerichts Meersburg vom 13. Juli 1865, die von der Ehefrau des Gantmannes erhobene Beschwerde gegen den Vertheilungsbescheid unter Verfällung derselben in die dadurch verursachten Kosten als unbegründet verworfen.

Die Appellantin hatte bei der am 19. Juli 1865 erfolgten Verkündung dieses verwerfenden amtsgerichtlichen Erkenntnisses sofort die Appellation hiergegen angemeldet und ihre Beschwerde dahin bezeichnet, daß ihre Einsprache gegen den Vertheilungsbescheid nicht berücksichtigt, dieser also nicht abgeändert worden sei, und sie hatte sich hierbei zugleich zur Begründung ihrer Beschwerde auf ihre früher vorgetragene Erinnerung gegen jenen Bescheid bezogen und gebeten, ihre Appellationsbeschwerde unter Anschluß der Akten dem Appellationsgericht zur weiteren Entscheidung vorzulegen, was auch noch innerhalb der 14tägigen Frist geschehen ist.

Demungeachtet hat der Appellationssenat die dorthin ergriffene Appellation auf den Grund des §. 823 der Pr.O. darum als unzulässig verworfen, weil sie nicht innerhalb der durch dieses Gesetz vorgeschriebenen 14tägigen Frist bei demselben unmittelbar ausgeführt worden war.

Die von der Ehefrau des Cridars gegen dieses Erkenntniß eingeführte Oberappellation erschien als zulässig, da bei einer Streitsumme von nur 900 fl. eine gleichlautende Entscheidung der beiden vordern Instanzen über die Materialien des Rechtsstreits insofern nicht vorlag, als der Appellationssenat aus einem nur formellen Grunde gerade die Entscheidung über das Materielle des Rechtsstreits abgelehnt hat. Ueberdies erschien das Rechtsmittel auch insofern begründet, als es auf, durch den Appellationssenat verletzte, wesentliche Vorschriften des Verfahrens gestützt war. Es wurde daher nach §. 1108, vergl. mit 1106 Ziff. 3 der Pr.O. zugelassen, und am 30. Oct. 1866 nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

daß das gedachte Erkenntniß des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz, Appellationssenat, aufzuheben, und großh. Kreis- und Hofgericht Constanz, Appellationssenat, anzuweisen sei, in der Sache selbst zu verhandeln und zu entscheiden. Die Kosten dieses Rechtszugs hat der Beklagte, Oberappellat zu tragen.

Gründe:

rc. Die Appellantin hatte innerhalb der gesetzlichen

Digitized by Google

Frist ihre Beschwerde gegen das amtsgerichtliche Erkenntniß, wie es §. 823 der Pr.O. vorschreibt, speciell angegeben oder aufgestellt und die Abänderung des Vertheilungsbescheids beantragt, somit — da hier von Neuheiten nicht die Rede sein kann — dasjenige mit der Anzeige verbunden, was sonst in die Appellationsbeschwerde verwiesen ist. — Pr.O. §. 1135. —

Diese in gesetzlich vorgeschriebener Form erfolgte Aufstellung der Beschwerde durfte von dem Appellationssenat nicht als gar nicht vorhanden angesehen, und darum, weil die später bei dem Obergericht selbst eingereichte Beschwerdeschrift erst nach Ablauf der 14tägigen Frist eingekommen war, die Appellation nicht als unzulässig verworfen werden. Die Sache war vielmehr so vorbereitet, daß sofort Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung, wo nach dem bestehenden Verfahren die eigentliche Rechtfertigung der Appellation stattfindet, hätte angeordnet werden können und sollen.

Nach dem Wortlaut des §. 823 der Pr.O. ist zwar eine besondere Rechtfertigung der Beschwerde vor dem Obergerichte innerhalb 14 Tagen vorgeschrieben. Es erklärt sich diese Anomalie daraus, daß der §. 823 unverändert aus der Pr.O. von 1831 herüber genommen worden ist, derselbe aber — nach dem inmittelst geänderten Verfahren — von dem Richter nicht nach seinem mangelhaften, mit diesem Verfahren nicht wohl verträglichen Wortlaute, sondern nach dem Geiste der neuen Prozeßgesetzgebung, wo der Schwerpunkt in die mündliche Verhandlung fällt, zur Anwendung zu bringen ist.

Es erscheint um so weniger gerechtfertigt, jene unverändert übertragene ältere Vorschrift auch jetzt noch für eine nothwendige Förmlichkeit in dem Sinne zu erklären, daß deren Unterlassung die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge hätte, da nicht nur die Absicht des Gesetzes auch ohne deren Beobachtung vollkommen erreicht wird, sondern diese Förmlichkeit überhaupt keinen Zweck mehr hat. — L.R.S. 6k. —

Da hiernach der Appellationssenat eine Förmlichkeit beim Verfahren als nothwendig erklärt hat, welche nach der richtigen Auffassung des Gesetzes nicht als eine solche nothwendige Förmlichkeit betrachtet werden kann, so hat er hierdurch die Vorschriften des Verfahrens verletzt, und es kommt hiebei nicht darauf an, ob diese Verletzung eine unmittelbar bestimmte Vorschrift des Gesetzes, oder aber eine sich aus dem Geiste des Gesetzes mit Nothwendigkeit ergebende Bestimmung betrifft.

Hiernach mußte das Erkenntniß des Appellationssenats aufgehoben werden; es war jedoch, da derselbe seine Entscheidung auf diesen formellen Punkt beschränkt, im Uebrigen aber über die Beschwerde der Appellantin noch nicht erkannt hat, nach §. 1145 und 1147 der Pr.O. dem Antrage der Oberappellantin gemäß die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Gericht der vordern Instanz zurückzuweisen. Red.

II.

Wenn unregelmäßiger Weise, ohne daß ein Gantsurtheil erlassen ist, die Rangordnung der Gläubiger erst in dem genehmigten Vertheilungsbescheid festgestellt erscheint, so kommen nicht die besonderen Vorschriften der §§. 822. 823 der Pr.O. über Appellationen gegen Vertheilungsbescheide zur Anwendung, sondern die allgemeinen Bestimmungen der Prozeßordnung über Appellationen gegen Ganturtheile, §. 1119 ff.

Ein Verzicht der Ehefrau des Gantmanns auf ihr Vorzugsrecht wird dadurch nicht ausgesprochen, daß sie den Wunsch zu erkennen gibt, sämmtliche Gläubiger sollten befriedigt werden, noch ist er schon daraus zu entnehmen, daß sie Zahlungen nach dem ihr nachtheiligen Vertheilungsbescheid angenommen hat.

Vrgl. L.R.S. 1244. 1273.

Die Gläubiger der Ehefrau des Gantmanns erscheinen nicht als beschwert, wenn in der Gant des Ehemanns auf ihre Rechte gegen die Ehefrau keine Rücksicht genommen ist.

Vorzugsrechte auf bestimmte Fahrnisse, L.R.S. 2102, können mit dem gesetzlichen Unterpfandsrechte der Ehefrau — L.R.S. 2121. 2135 a — nicht collidiren.

In Sachen

der Christian Hilf Ehefrau, Katharina geb. Huber von Oberkirch, Liquidantin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

die Gantmasse ihres Ehemannes, hier insbesondere: Valentin Geldreich von

Digitized by Google

Oberkirch, Xaver Hör von Lautenbach, Handlungshaus Rothe in Mainz, vertreten durch den Massepfleger Xaver Hör von Lautenbach, Valentin Halter von Sendelbach, Karl Wiedemer von Appenweier, Kaufmann Conrad Haas in Mannheim, Mitliquidanten, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung und Vorzugsrecht betr.,

beschwerte sich Valentin Geldreich, Xaver Hör und die Gläubiger 5. Ordnung vor Allem darüber, daß das Appellationsgericht die Appellation gegen den gantrichterlichen Vertheilungsbescheid vom 8. Februar v. J. als rechtzeitig eingeführt zugelassen habe, obwohl es an der Beobachtung der Vorschriften der §§. 822. 823 fehle.

In dieser Beziehung kam aber in Betracht, daß das Gantgericht in dieser Gantsache ein von den Vorschriften der Pr.O., §. 783 ff., wesentlich abweichendes und nach Lage der Sache unhaltbares Verfahren eingeschlagen hatte, indem es in der unrichtigen Unterstellung, daß nicht blos über die Richtigkeit, sondern auch über die Rangordnung der angemeldeten Forderung gar kein Streit vorhanden, beziehungsweise, daß ein Ordnungsbescheid nicht nöthig sei, die Erlassung eines Ganturtheils völlig umgangen, und durch Beschluß vom 1. Dezember 1864 sämmtliche Akten kurzweg dem Notar Fink zur Fertigung und Vorlegung des Entwurfs des Vertheilungsbescheids mitgetheilt hatte.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 25. Oktober 1866 besagen hierüber:

„Wenn auch zuzugeben ist, daß durch eine in geeigneter Weise herbeigeführte gütliche Vereinbarung sämmtlicher Betheiligten, wodurch das gesammte Forderungs- und Ordnungsverhältniß in jeder Beziehung sicher festgestellt erscheint, nach Umständen, namentlich in sehr geringen und einfachen Ganten, eine Vertheilung der Gantmasse auch ohne Hinzutritt eines förmlichen Ordnungsbescheids (§§. 783. 785—786) in kurzem Wege gültiger und zweckmäßiger Weise bewirkt werden kann, wie dies auch in §. 17 Ziff. 2 der Dienstweisung für die Prüfung der Justizverwaltung bei den Untergerichten vom 25. Sept. 1852 anerkannt wurde, und dem Grundsatz des §. 832 (sonst §. 904) der Pr.O. wegen dienlicher Abkürzungen im Gantverfahren entspricht, so kann doch darüber kein Zweifel Platz greifen, daß das im vorliegenden Falle eingehaltene Verfahren — ein den Rechten der Betheiligten und dem Wesen der Sache augenscheinlich Eintrag thuendes (§. 832 Abs. 1) — nicht zu Recht bestehen kann, da, wie bereits der Appellationsrichter in seinen Entscheidungsgründen dargelegt hat, eine zureichende Vereinbarung und Feststellung der oben bezeichneten Art überall nicht stattfand. Eine Vereinbarung der Gläubiger erfolgte nämlich gar nicht, und auch über die Richtigkeit der Forderungen nur eine Anerkennung durch den Massepfleger, in Betreff der, einer Regelung mehrfach bedürfenden Frage des Vorzugs aber gar keinerlei Erörterung und Verständigung.

In Folge dieses gesetzwidrigen und fehlerhaften Verfahrens wurde das Erkenntniß über Richtigkeit und Vorzug erst durch die Genehmigung des Vertheilungsbescheids nachträglich gegeben, der Vertheilungsbescheid hat daher in Wahrheit zugleich die Natur eines Ordnungsbescheids und es muß dieses auch in Bezug auf die Frage der Berufung der, hinsichtlich der Ordnung ihres Anspruchs benachtheiligten Liquidantin, Christian Hilf's Ehefrau zu Statten kommen. Die das Rechtsmittel der Appellation in Bezug auf Vertheilungsbescheide wesentlich beschränkenden Vorschriften der §§. 822. 823 der Pr.O. sind daher hier nicht anwendbar, nach den Bestimmungen über die Appellation gegen Urtheile im Allgemeinen aber (§. 1119 ff.) erscheint die Appellation rechtzeitig eingeführt. Daß für die Berechnung der Fristen die Eröffnung des Erkenntnisses maßgebend ist, ergibt sich aus §. 1119 der Pr.O. selbst. — Vrgl. §. 818. 808."

— Die weitere Hauptbeschwerde der genannten Oberappellanten ward darein gesetzt, daß ungeachtet der am Schlusse der Entscheidungsgründe zum angefochtenen Urtheil festgestellten Einreden des ausdrücklichen und stillschweigenden Verzichts auf Seite der Hilfs Ehefrau — abändernd erkannt worden sei.

Die Entscheidungsgründe besagen:

„Abgesehen von diesen Einreden ist der angemeldete Anspruch der Hilfs Ehefrau, wie er bezüglich des Anfangstags des gesetzlichen Unterpfandsrechts näher modificirt und ihr im zweiten Rechtszug zuerkannt wurde, unbestritten und gemäß L.R.S. 2121. 2135 Ziff. 2 und Abs. 3 zweifellos im Gesetze begründet; die fraglichen Einreden aber wurden mit Recht als grundlos verworfen.

Ein rechtsverbindlicher und gehörig erweislich zu machender ausdrücklicher Verzicht der Hilfs Ehefrau ist offenbar nicht vorhanden. Die genannte Ehefrau hatte ihren Anspruch mit dem gesetzlichen Vorrecht bei der Richtigstellung geltend gemacht, eine Ent-

Digitized by Google

sagung hinsichtlich des Letzteren fand nach Inhalt der Acten vor Gericht überall nicht statt. Die kurze Bemerkung des Notars Fink im genehmigten Entwurf des Vertheilungsbescheids, daß die Ehefrau des Gemeinschuldners die Befriedigung aller Gläubiger wünsche, kann weder hinsichtlich der Form der Beurkundung noch hinsichtlich des Inhalts die Stelle eines rechtsverbindlichen Verzichtes vertreten, denn was die Form betrifft, so hätte die Beurkundung einer nachträglichen Entsagung vor dem Notar mindestens in der für gerichtliche Erklärungen im Allgemeinen vorgezeichneten Form, nicht blos in einer beiläufigen Bemerkung im Vertheilungsentwurf ohne unterschriftliche Bestätigung des verzichtenden Theils geschehen müssen, und was den Inhalt betrifft, so ist derselbe, insofern darin nur ein Wünschen von Seiten der Hils Ehefrau ausgedrückt ist, hierin aber auch wohl nur ein einfacher Wunsch oder die Geneigtheit, die Befriedigung aller Gläubiger zu fördern, gefunden werden könnte, so unbestimmt, daß er als eine rechtsverbindliche Verzichtserklärung auch in dieser Rücksicht nicht gelten kann, und zwar umsoweniger, da nach L.R.S. 784 Entsagung nicht zu vermuthen ist. Nach der berichtlichen Erklärung des Notars Fink selbst, welche in den obergerichtlichen Entscheidungsgründen näher festgestellt ist, fällt aber vollends jeder Anhaltspunkt für die Annahme eines solchen Verzichts hinweg.

Eine stillschweigende Entsagung durch Anerkennung liegt ebensowenig vor. Von der Anwendung des L.R.S. 1338, der sich nur auf die freiwillige Erfüllung einer Verbindlichkeit durch den Schuldner bezieht, kann, wie sich von selbst ergibt, keine Rede sein, der L.R.S. 1338a dagegen spricht in seinem letzten Theil im Gegentheil für die Hils Ehefrau und wider die behauptete Anerkennung. Da die genannte Ehefrau in Wahrheit eine weit größere Forderung hatte, so kann die vorsorgliche Empfangnahme der im Verhältniß zu ihrer ganzen Forderung geringen Beträge, 289 fl. 36 kr. vom Liegenschaftskäufer Blechner Gerstner und 12 fl. 6 kr. vom Massepfleger Hör, obwohl die Zahlung nach Maaßgabe der Verweisung geschah, ohne Hinzutritt anderer, die Absicht der Entsagung bekundender Umstände nicht genügen, um eine Anerkennung des unrichtigen, hinfälligen Vertheilungsbescheids zu begründen."

— Valentin Halter hatte ferner zur Rechtfertigung einer eventuellen Beschwerde im obersten Rechtszuge sich darauf berufen, daß die Hils Ehefrau für seine Forderung an ihren Ehemann die Sammtverbindlichkeit übernommen habe, und daher ihm nachstehen müsse. Ebenso hatte Xaver Hör geltend gemacht, daß er für das von ihm an den Gemeinschuldner verkaufte Ohmdgras, das von der Masse und zu ihren Gunsten verkauft worden sei, vorzügliche Befriedigung aus dem Erlöse begehrt und zu beanspruchen habe, diese thatsächlichen Anführungen waren im zweiten Rechtszuge, wo sie vorzubringen waren, überall nicht geltend gemacht worden, sie konnten daher im dritten Rechtszuge, da Neuheiten hier nach Pr.O. §. 1154 nicht zulässig sind, nicht nachgetragen werden.

Abgesehen davon erschienen aber die Beschwerden der beiden genannten Oberapellanten jedenfalls grundlos.

In Bezug auf Halter kam nämlich in Betracht, daß das gantgerichtliche Richtigstellungsverfahren sich seiner Natur nach, sowie nach Maaßgabe des Gantedicts zunächst nur auf Forderungen an den Gantmann und die Gantmasse bezog, während der Anspruch des Valentin Halter an die Ehefrau gegen dieselbe besonders geltend zu machen war, und immer noch geltend gemacht werden kann. Eine sachliche Beschwerung des Liquidanten ist demnach in keinem Falle vorhanden.

In Bezug auf X. Hör aber kam, abgesehen von der nach L.R.S. 2102 Ziff. 4, ungenügenden Begründung seines Vorzugsrechts, in Erwägung, daß sein etwaiges Vorzugsrecht, als nur auf bestimmten Fahrnißstücke bezüglich, mit dem Unterpfandsrechte der Hils Ehefrau gar nicht in Widerstreit stehen würde. L.R.S. 2102. 2121. 2135. 2218a."

Red.

12.

Zur Lehre vom Nachdruck.

1) Gehören musikalische Compositionen zu den „Werken der Kunst," welche Art. I. der Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845 gegen Nachdruck schützt? Fortdauernde Giltigkeit dieser Bundesbeschlüsse.

2) In wiefern ist die Aufnahme fremder literarischer Erzeugnisse, sowie von Werken der Kunst aus einem Sammelwerk in ein Sammelwerk erlaubt?

3) Ist die Staatsministerialverordnung vom 17. Sept. 1847 auf die außerhalb des Großherzogthums Baden

Digitized by Google

erscheinenden literarischen Erzeugnisse von Werken der Kunst anwendbar?

4) Was hat Derjenige, welcher wegen Nachdrucks klagt, zu beweisen? Ist die Autorschaft schon dadurch bewiesen, daß der wegen Nachdrucks Belangte ein unter dem Namen einer bestimmten Person erschienenes Werk unter eben diesem Namen abdrucken läßt?

5) Ist ein Druckereibesitzer schon dann haftbar, wenn er gegen Lohn die einzelnen nachgedruckten Exemplare anfertigen läßt, oder muß er vielmehr auf eigene Rechnung nachgedruckt haben?

6) Worin besteht die dem Verletzten zukommende Entschädigung?

7) Hat der Ausländer, welcher wegen Nachdrucks klagte, Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten, oder kann er sich auf H.R.S. 272 Ziff. 5 und §. 185 Ziff. 4 der Pr.O. berufen?

Diese Fragen kamen J. S. des Johann André von Offenbach gegen Buchdrucker Friedrich Gutsch in Karlsruhe zur Erörterung, und zwar wegen der Kompositionen der bekannten Lieder:

„Mein Lebenslauf ist Lieb und Lust"

und

„Wo Büsche stehen und Bäume."

Text und Composition dieser Lieder ist gleichförmig in zwei Liedersammlungen abgedruckt und in beiden „C. A. Mangold" als Componist angegeben, nämlich in:

„Für Deutschlands Männerchöre. Der deutsche Sängersaal. Originalcompositionen für vier Männerstimmen von verschiedenen Componisten. Eigenthum des Verlegers Offenbach a. M. bei Johann André"

und in der

„Liedersammlung des badischen Sängerbundes. Herausgegeben von dem Hauptausschuß des Sängerbundes. Karlsruhe, Druck von Friedrich Gutsch 1865."

Johann André machte für sich geltend, daß er sämmtliche Compositionen seiner Sammlung, und namentlich das Verlagsrecht zu denjenigen der beiden genannten Lieder vor circa 15 bis 20 Jahren von C. A. Mangold gekauft habe, und belangte den F. Gutsch wegen Nachdrucks.

Zunächst wurde auf dessen Antrag der Kläger zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten angehalten, in der Sache selbst aber erkannt, der Kläger habe zu beweisen:

1) daß die genannten Lieder von C. A. Mangold componirt sind;
2) daß der Kläger vor 15 bis 20 Jahren das Verlagsrecht von C. A. Mangold erworben hat;
3) daß der Beklagte die Lieder in seiner Sammlung auf eigene Rechnung nachgedruckt hat;
4) daß der Verkaufswerth eines Abdruckes der Lieder auf 18 kr. zu werthen ist.

Die Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

„Bei Entscheidung vorwürfigen Streites kommen die von dem Kläger angerufenen Bundesbeschlüsse v. 9. November 1837 und 19. Juni 1845 zur Anwendung. Denn zu den „Werken der Kunst," welche nach Art. I. des erstgenannten Bundesbeschlusses neben den literarischen Erzeugnissen gegen den Nachdruck gesichert werden sollen, gehören auch musikalische Compositionen, da solche den Zweck haben, in bleibenden Zeichen eine Befriedigung des ästhetischen Sinnes hervorzurufen.

Es steht der Klage auch der Umstand nicht entgegen, daß die Liedersammlung des badischen Sängerbundes ein Sammelwerk ist. Allerdings gibt es Fälle, in welchen die Benützung fremder geistiger Erzeugnisse bei Fertigung von Sammelwerken nicht als unerlaubter Nachdruck erscheint, und zwar dann, wenn Theile eines andern Werkes in gewissen Schranken benützt werden, und wenn zugleich das Werk, welchem die entlehnten Bestandtheile einverleibt werden, vermöge seiner Zusammensetzung Anspruch auf den Namen einer neuen Schöpfung machen kann. An diesen Voraussetzungen fehlt es hier aber. Jede der beiden fraglichen Compositionen ist ein selbstständiges, ein Ganzes bildendes, Geisteserzeugniß, und die „Liedersammlung," welcher sie einverleibt wurden, stellt sich nach Form und Inhalt nicht als ein neues Geisteserzeugniß dar.

Der Beklagte will nun zwar die fortdauernde Giltigkeit der besagten Bundesbeschlüsse deshalb in Frage stellen, weil in Folge bekannter politischer Ereignisse der deutsche Bund zu existiren aufgehört habe; allein diese Anschauung ist schon deßhalb irrig, weil diese Beschlüsse durch Entschließungen großh. Staatsministeriums v. 25. Jan. 1838 und 29. Juli 1845 verkündet und dadurch geltendes Recht im Großherzogthum geworden sind.

Vrgl. auch §. 2 der Verfassungsurkunde.

Ferner beruft man sich, um die Klage als unstatthaft

Digitized by Google

zu bezeichnen, beklagter Seits darauf, daß der Kläger unterlassen habe, gemäß der Staatsministerialverordnung vom 17. September 1847 ein Exemplar seiner Liedersammlung bei großh. Ministerium des Innern zu hinterlegen. Diese Verordnung, welche in Art. I. allerdings vorschreibt, daß, wer den Schutz der Gesetze wegen Nachdrucks anrufen will, eine Bescheinigung der erfolgten Hinterlegung beilegen muß, bezieht sich nun aber offenbar nur auf die im Großherzogthum Baden erscheinenden literarischen Erzeugnisse und Werke der Kunst. Der Kläger hat daher nach Art. III. des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1845 nur die Bedingungen und Förmlichkeiten seines Heimathsstaates zu erfüllen, und daß im Großherzogthum Hessen etwas weiteres als die auf dem Titelblatt erfolgte Benennung des Verlegers, welche nach dem besagten Bundesbeschlusse genügt, vorgeschrieben ist, wurde beklagter Seits nicht behauptet.

Der Beklagte hat nun, zur Sache selbst, sowohl das Verlagsrecht des Klägers, als auch die Autorschaft des C. A. Mangold widersprochen.

Es ist Sache des Klägers beide Thatsachen zu beweisen; denn durch den Nachweis des Verlagsvertrags ist noch nicht dargethan, daß derjenige, welcher auf den Verleger seine angeblichen Rechte übertragen hat, hiezu in der That berechtigt war.

Vrgl. Jolly, die Lehre vom Nachdruck S. 262.

Diese Autorschaft ist auch keineswegs schon dadurch bewiesen, daß in der Liedersammlung des bad. Sängerbundes die Compositionen unter dem Namen des C. A. Mangold vorkommen.

Jolly, a. a. O. S. 264.

Was die Passivlegitimation betrifft, so liegt nach dem Gesetze die Verbindlichkeit zur Schadloshaltung dem Nachdrucker und demjenigen ob, der mit Nachdruck wissentlich Handel treibt.

§. 4 des Beschlusses v. 19. Juni 1845.

Der Beklagte ist als Nachdrucker belangt; als solcher erscheint nun aber keineswegs derjenige Druckereibesitzer, welcher gegen Lohn die einzelnen nachgedruckten Exemplare anfertigen läßt; sondern um haftbar zu werden, muß er auf eigene Rechnung drucken. Es war daher wesentlich, daß die Klage in heutiger Verhandlung durch die Behauptung, daß der Beklagte die Liedersammlung des badischen Sängerbundes auf eigene Rechnung gedruckt habe, ergänzt wurde.

Der Beklagte hat hierauf entgegnet, daß er die genannte Sammlung nur im Auftrag des Ausschusses des badischen Sängerbundes, welcher die Herausgabe auf eigene Rechnung besorgte, gedruckt und für 1000 Stimmen Partitur und je 1000 Stimmen, zusammen 5000 Exemplare, einen Druckerlohn von 983 fl. 48 kr. erhalten habe; auch die Verbreitung sei durch diesen Ausschuß besorgt worden.

Diese Vernehmlassung ist lediglich ein Widerspruch dessen, worauf sich die Klage stützt; es mußte deßhalb dem Kläger im Beweissatz 3 der Beweis seiner Behauptung auferlegt werden.

Der Beklagte hat noch weiter geltend gemacht, daß er sich jedenfalls in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe, denn der Ausschuß des Sängerbundes habe sich am 4. März 1864 an C. A. Mangold in Darmstadt wegen des Nachdruckes der Lieder brieflich gewendet, und nach dem Inhalt dieses Briefes, dessen Copie heute vorgelegt wurde, da eine Antwort nicht erfolgt sei, die Zustimmung des C. A. Mangold unterstellt.

Der Kläger hat hierauf mit Recht entgegnet, daß C. A. Mangold keine Verpflichtung hatte, auf diesen Brief zu antworten, und daß eine stillschweigende Zustimmung nur zwischen Personen, die in Vertragsverhältnissen stehen, was zwischen dem Sängerausschuß und C. A. Mangold nicht der Fall war, unterstellt werden könne; ferner hat der Kläger auf das Register der Liedersammlung hingewiesen, wornach die beiden fraglichen Compositionen nicht zu denjenigen gehören, wegen welcher seitens des Sängerausschusses ein Abkommen mit den Autoren getroffen wurde.

Der Auflage eines Beweises darüber, daß der „deutsche Sängersaal" wie die Aufschrift desselben besagt, im Verlage des Klägers zu Offenbach erschienen ist, bedarf es nicht, obwohl der Beklagte auch diese Thatsache mit Nichtwissen beantwortet hat. In dieser Beziehung steht dem Kläger die ihn des Beweises enthebende Vermuthung zur Seite, welche aus der Nennung seines Namens auf der Aufschrift des Liederheftes fließt.

Auch die Thatsache, daß der Beklagte die Lieder „aus dem deutschen Sängersaal" nachgedruckt hat, ist nicht zum Beweise auszusetzen. Wenn Kläger beweist, daß der Druck des Beklagten nach dem Zeitverhältniß, in welchem er zu demjenigen des Klägers steht, ein Nachdruck ist, so muß der zweite Druck als unerlaubter Nachdruck des ersten betrachtet werden.

Digitized by Google

Dies würde sich nur dann anders verhalten, wenn der Beklagte — immer vorausgesetzt, daß er auf eigene Rechnung druckte, — hätte behaupten können, daß der Druck nach einem bestimmten anderen Exemplar der Lieder gefertigt worden, und daß er in den Besitz dieses Exemplars unter Umständen gekommen sei, welche ihn zur Annahme berechtigten, daß die mechanische Vervielfältigung des fraglichen Exemplars den Thatbestand des Nachdruckes nicht enthalte. In diesem Falle könnte nicht von einer Schadensersatz-, wenn auch möglicherweise von einer Bereicherungsklage die Rede sein.

Jolly, ebendaselbst S. 95.

Der Kläger schlägt den Werth der beiden Lieder mit Rücksicht des auf dem Titelblatt angegebenen Verkaufspreises auf je 18 kr. für die Partitur und Stimme an, und fordert für je 1000 Exemplare zusammen 600 fl.

Der Beklagte macht geltend, daß der Verkaufswerth der beiden Compositionen nur 5 fl. oder allerhöchstens 33 fl. betrage, und daß überhaupt der Schaden nicht nachgewiesen und schon deßhalb die Klage nicht begründet sei.

Es handelt sich nun aber offenbar nicht darum, welchen Preis der Kläger dem C. A. Mangold bezahlt hat, sondern darum, welcher Schaden dem Kläger durch die Aufnahme der beiden Lieder in eine fremde Sammlung erwachsen ist. Einer näheren Begründung des letzteren bedarf es im Hinblick auf die Erklärung des Beklagten über die Zahl der gedruckten und dem Hauptausschuß abgelieferten Exemplare nicht, zumal Art. V. des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1845 die Größe des Schadens nach dem Verkaufswerth einer richterlich festzusetzenden Zahl von (1000) Exemplaren bestimmt.

Wie hoch dieser Verkaufswerth ist, wird nun in diesem Fall, wo ein Sammelwerk in Frage steht, allerdings schwierig zu bestimmen sein, allein deßhalb ist die Klage nichts destoweniger begründet, und es ist Sache des Klägers, den von ihm behaupteten Werth nach Art. VII. des letztgenannten Bundesbeschlusses nöthigenfalls durch Sachverständige zu beweisen.

Als Verkaufspreis kommt hier nicht der Preis in Ansatz, welcher beim Detailverkauf hätte bezogen werden können, sondern derjenige, welchen der Verleger vom Sortimentshändler erhalten haben würde.

Jolly, S. 286.

Aus diesen Gründen, und in Erwägung, daß hier keineswegs ein Verlagsgeschäft, also nicht eine Handelssache, sondern vielmehr das Delikt des Nachdruckes in Frage steht, und deßhalb der Kläger als Ausländer nach dem Antrag des Beklagten zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten angehalten werden mußte, §. 181. 185 Ziff. 4 H.R.S. 272. 5 nach Ansicht der §§. 376. 384. 1008. 1020 der Pr.O. wurde erkannt, wie geschehen.

v. Blittersdorff.

13.

Ehenichtigkeit. Geschlechtszwittereigenschaft.

Anwendbarkeit des L.R.S. 181.

Der seltene Fall der Anfechtung einer Ehe aus dem Grunde einer behaupteten Geschlechtszwittereigenschaft des beklagten Ehegatten kam kürzlich vor dem Kreisgerichte Waldshut zur Entscheidung, und es war der Fall um so eigenthümlicher, als der klagende Theil — der Ehemann — von vornen herein in der Klage zugab, daß er die Ehe mit der Beklagten schon vor einem Jahrzehnt eingegangen und fortgesetzt habe, obgleich er noch am Tage der Trauung die Entdeckung gemacht, daß die ihm als Eheweib Angetraute in der That diesem Geschlechte nicht angehöre, sondern ein Zwitter sei, auf welchen Umstand sie ihn sogar selbst mit den Worten aufmerksam gemacht habe: „Mit ihr sei es nichts, sie seien eben Beide angeschmiert." Indessen blieben die beiden Leute — so wird in der Klage weiter angeführt — gleichwohl beisammen, was daraus zu erklären, daß der Ehemann, schon einmal verheirathet und in reiferen Jahren, die gleichfalls nicht mehr junge jetzige Beklagte zur Besorgung der häuslichen Geschäfte wohl brauchen konnte, bis sie endlich schlimme Eigenschaften, Händelsucht und Trägheit, an den Tag legte, was den Kläger nach Verfluß von etwa 5 Jahren veranlaßte, sich von ihr formlos zu trennen. Weitere Umstände machten es inzwischen dem Kläger wünschenswerth, das Verhältniß, wonach die Beklagte immer noch äußerlich und vor den Leuten auf Grund der stattgehabten Trauung für seine Ehefrau galt, auch formell auflösen zu lassen. An diese thatsächliche Darstellung knüpft die Klage eine rechtliche Ausführung, auf welche in den nachfolgend mitgetheilten Entscheidungsgründen zu dem Urtheil des Gerichtshofs Bezug genommen ist. Der Gerichtshof hatte zuerst Ladung auf die Klage verfügt, verwarf aber in der Folge

Digitized by Google

diese letztere gleichwohl lediglich wegen rechtlicher Unstatthaftigkeit aus folgenden

Gründen:

„Nach den eigenen Anführungen der Klage hat Kläger bereits im Jahr 1855 mit der Beklagten, seiner jetzigen Ehefrau, die Ehe eingegangen, auf deren Nichtigkeit die gegenwärtige Klage abzielt. Der Kläger begründet das Begehren, diese seine Ehe für nichtig zu erklären, damit, daß er behauptet, die ihm Angetraute sei ein Individuum von derjenigen Geschlechtsbildung, die man Hermaphrodiste oder Zwitter nennt.

Diese Eigenschaft seiner Angetrauten will Kläger sofort nach dem Abschluß der Ehe, als er den Beischlaf vollziehen wollte, entdeckt und auch von ihr selbst in jenem Augenblicke mit den Worten bestätigt bekommen haben: „Ja mit mir ist es nichts, wir sind Beide angeschmiert." Obgleich nun der Kläger in dieser seiner zugestandenen Kenntniß von der besagten Eigenschaft der Beklagten die Ehe mit letzterer während einer Reihe von Jahren fortgesetzt hat, so glaubte er gleichwohl jetzt, wie jederzeit, berechtigt zu sein, diese Ehe für ungiltig erklären zu lassen, weil es derselben an einer wesentlichen Bedingung, nämlich an der Möglichkeit des Beischlafs zwischen den beiden ehelich Verbundenen, gebreche, also auf Seiten des Klägers nicht sowohl ein Irrthum in der Person des anderen Ehegatten obgewaltet habe, als vielmehr ein Irrthum „im Objekt," nämlich hinsichtlich einer zum Begriffe der Ehe gehörigen Wesenheit, unter welchen Umständen von einer Anwendbarkeit der L.R.S.S. 180 Abs. 2 und 181 auf den Fragefall nicht die Rede sein, insbesondere aber ihm nicht die Verjährungsfrist des L.R.S. 181 entgegengehalten werden könne.

Es ist nun allerdings kein Zweifel, daß eine Ehe, bei welcher nicht alle zur Erfüllung ihres Begriffes wesentlichen Merkmale zusammentreffen, als gar nicht vorhanden zu betrachten ist, und daß das Nichtdasein einer solchen Ehe jederzeit und von jedem Betheiligten mittelst einer Klage oder mittelst einer Einrede geltend gemacht werden kann; vrgl. Zachariä's Handb. (4. Aufl.) §. 451. Insbesondere kann hinsichtlich der Geschlechtsbeziehungen eine Ehe nur zwischen einer Mannsperson und einer Frauensperson bestehen. Allein dieser Satz kann auf den vorwürfigen Fall nicht angewendet werden, insofern man sagen wollte, die Verbindung des Klägers mit der Beklagten sei keine solche, die zwischen einer Person des weiblichen und einer Person des männlichen Geschlechts eingegangen worden sei. Man mag von der geschlechtlichen Zwitterbildung eine Anschauung haben, welche man will, und man mag jede mögliche Gestaltung dieser Zwitterbildung im einzelnen Fall unterstellen, so wird man gleichwohl zugeben müssen, daß in der Behauptung, es sei eine Person ein Zwitter, nothwendig das Zugeständniß liegt, daß an ihr die Geschlechtsbildung eines Weibes hervortrete, so gut, oder in dem einen Fall mehr und in dem andern Falle weniger, als die eines Mannes. Muß man dies, als im Begriff des Zwitters liegend, annehmen, so kann die Frage nicht mehr dahin aufgeworfen werden, ob die Ehe mit einem Zwitter überhaupt rechtlich möglich sei oder nicht; die Möglichkeit ist gegeben und es beschränkt sich die Frage über die Ehefähigkeit eines Zwitters lediglich auf die Frage der Impotenz. Wenn die Bildung der Geschlechtstheile eines Zwitters der Art verkümmert ist, daß ein Beischlaf mit ihm, sei es als mit einem Weibe, oder als mit einem Manne, von Seiten der andern Person, die eine Ehe mit ihm eingegangen, nicht möglich ist, so hat sich, diesem nach, die letztere Person höchstens in einem Irrthum in der Person des andern Theils befunden, welcher Irrthum nach L.R.S. 180 Abs. 2 allerdings ein Anfechtungsgrund der Ehe ist, vrgl. Sirey rc. zu art. 180 No. 16 und 17 und Demolombe II. No. 254, — somit aber auch der Verjährungsfrist des L.R.S. 181 unterstellt werden muß, Sirey zu art. 131 No. 6. Der Kläger, welcher die Beklagte geehelicht hat, die bis zum Abschluß der Ehe sich als eine dem weiblichen Geschlecht angehörige Person gerirt hatte, und der von dem Kläger selbst, indem er sie als einen Zwitter darstellt, die geschlechtlichen Eigenschaften eines Weibes beigemessen werden, — der Kläger konnte, wenn letztere Eigenschaften so unvollkommen waren, daß ihm der Beischlaf unmöglich fiel, wohl die Ehe binnen sechs Monaten nach der Entdeckung dieses Umstandes anfechten, aber er kann jetzt nicht mehr hiezu zugelassen werden, nachdem, wie er zugesteht, Jahre vergangen waren, seit er seinen Irrthum in der Person der Beklagten wahrgenommen, er aber gleichwohl das eheliche Zusammenwohnen mit ihr fortgesetzt hatte." Eisen.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Februar 1867. No. 2.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 2.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Februar 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 5. Februar.	
120	Gieser gegen Treiber. — Forderung.	Grimm. — Eller.
126	Krall gegen Bloch. — Vertragserfüllung und Forderung. . .	v. Engelberg. — Esser.
	Donnerstag den 7. Februar.	
115	Kath. Oberstiftungsrath gegen Armenfond Dillendorf. — Fondsanerkennung.	Bertheau. — Barazetti.
	Dienstag den 12. Februar.	
143	Sieber gegen Bohrmann. — Forderung, hier Einsprache des Anwalts Moppert.	Moppert. — Engelhorn.
134	Augenstein gegen Augenstein. — Vertragsauflösung u. Entschädigung.	Strauß. — Grimm.
	Dienstag den 19. Februar.	
129	Zerr gegen Zerr. — Forderung.	Schenkh. — Junghanns.
122	Baur gegen Levinger. — Forderung.	Esser.
	Donnerstag den 21. Februar.	
132	Köchlin gegen Bächle. — Forderung.	M. Fürst.
138	Trötschler gegen Diez. — Forderung.	Fürst. — Grimm.
	Dienstag den 26. Februar.	
127	Sutterer gegen ihren Ehemann. — Ehescheidung.	Eller. — Eckhard.
142	Mayer gegen Röckel. — Fahrnißausfolgung.	v. Feder.
	Donnerstag den 28. Februar.	
133	v. Berstett gegen Fiskus. — Patronatsrecht.	Buch. — Bertheau.

Digitized by Google

Zur Subscription empfiehlt die **Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim** folgende juristische Zeitschriften:

Archiv für die civilistische Praxis. Herausgegeben von Franke, v. Linde, Mittermaier, Renaud, v. Vangerow, Anschütz und Filling. Der Band von 3 Heften gr. 8. fl. 3.

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten, herausgegeben von Appellationsgerichts-Vicepräsidenten a. D. F. B. Busch. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 4. 48 kr.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprozesses und Criminalrechts, mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung. Herausgegeben von Ministerialrath Dr. B. Emminghaus, Hofgerichtsrath Dr. E. Hoffmann, Justizrath Prof. Dr. Jhring, Oberappellationsrath H. Martin, Generalstaatsprokurator Dr. E. Seitz. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 3. 30 kr.

Archiv für das Versicherungswesen. Herausgegeben in zwanglosen Heften von Dr. A. F. Elsner. Das Heft gr. 8. fl. 2. 42 kr.

Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht. Herausgegeben von Geh. Justizrath Dr. Ed. Siebenhaar. Der Band von 4 Heften fl. 4. 48 kr.

Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht. Herausgegeben von Advokat Dr. G. Löhr. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 6.

Gerichtssaal, der. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß. Herausgegeben von den Proff. Dr. Alb. Berner, Dr. Th. Geßler, Dr. J. Glaser, Dr. Hugo Hälschner, Dr. K. J. Mittermaier ꝛc. Der Band von 6 Heften gr. 8. fl. 4. 48 kr.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. In Verbindung mit mehreren Gelehrten herausgegeben von Prof. Dr. H. Th. Schletter. Das Heft hoch 4 fl. 1. 12 kr.

Strafrechtszeitung, allgemeine deutsche, zur Förderung einheitlicher Entwickelung auf den Gebieten des Strafrechts, des Strafprozesses und des Gefängnißwesens, sowie für strafgerichtliche Medicin. Unter ständiger Mitwirkung von Dr. Avé-Lallemant, Dr. K. Barth, Oberstaatsanwalt Freiherrn von Groß ꝛc. herausgegeben von Prof. Dr. Frz. v. Holtzendorff. Der Jahrgang von 12 Heften gr. 4. fl. 7. 12 kr.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt und Prof. Dr. P. Laband. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 6.

Zeitschrift für Versicherungsrecht. Herausgegeben von Advokat Dr. Conr. Malß. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 4. 48 kr.

Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. In Verbindung mit den Proff. K. H. Rau, R. v. Mohl, G. Hanssen und Helferich, herausgegeben von Schüz, Hoffmann, Weber und Schäffle. Der Band von 4 Heften gr. 8. fl. 8.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 6.

14.

Erbtheilungs-Fragen.

1) Zu dem Theilungsgeding, daß der überlebende Elterntheil das Fahrnißvermögen im Stück nach dem Anschlag übernehme, bedarf der Vormund des minderjährigen Kindes nicht der Ermächtigung des Familienraths.

L.R.S. 840 vrgl. mit 825. 826. 465. 453.

2) Die Pflicht des mit der Verwaltung betrauten Miteigenthümers — zur Rechnungsstellung erlischt erst nach 30 Jahren.

In Sachen
der Maria Anna Hall, nunmehrigen Ehefrau des Mathias Stöckle in Aasen, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin, Cooberappellantin
gegen
Johann Hall alt von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten, Cooberappellaten, Gemeinschaftstheilung und Rechnungsstellung betreffend.

Das großh. Kreis- und Hofgericht Konstanz, als Appellationsienat, hatte in seinem Urtheile vom 8. Juni 1866 dem Klagbegehren, welches auf Gemeinschafts-, beziehungsweise Erbtheilung über die Verlassenschaft der im Jahre 1831 gestorbenen Mutter der Klägerin gerichtet war, nur mit der Beschränkung stattgegeben, daß zwar die in jene Verlassenschaft gehörigen Liegenschaften im Stück, dagegen die Fahrnisse nicht im Stück, sondern nur deren Anschlag von 1540 fl. 44 kr., um welchen sie damals dem Beklagten überlassen worden waren, — zur Theilung zu ziehen seien. In Folge der von der Klägerin gegen das Urtheil des Appellationsgerichts ergriffenen Oberappellation war in dritter Instanz zu prüfen, ob es gerechtfertigt ist, daß das Appellationsgericht hinsichtlich der Fahrnisse jener Verlassenschaft die Theilung nur in jener beschränkten Weise zuließ, — und nicht vielmehr — wie die Klägerin verlangt, darauf erkannt hat, daß auch die Fahrnisse im Stück zur Theilung zu bringen seien.

Bei dem Theilungsakte vom 25. Februar 1831 waren die Fahrnisse der fraglichen Verlassenschaft dem Vater der Klägerin um den dort bemerkten Anschlag endgültig zu Eigenthum überlassen worden, im Gegensatz von den Liegenschaften der Verlassenschaft, welche nach der ausdrücklichen Bestimmung jenes Aktes noch in ungetheilter Gemeinschaft der Betheiligten bleiben sollten. Das großh. Oberhofgericht sprach in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 18. Dezember 1866 aus, daß eine solche verschiedene Behandlung verschiedener Bestandtheile einer Verlassenschaft weder nach der Natur der Sache, noch nach den Gesetzen als unzulässig erscheine,

m. vrgl. auch Annalen Bd. XXII. S. 244,

und führte weiter aus:

Die Ueberlassung der Fahrnisse an den Vater der Klägerin zu Eigenthum kann nicht, wie die Klägerin versucht, unter Berufung auf die Bestimmung des L.R.S. 840 aus dem Grunde angefochten werden, daß es bei jenem Akte dem Vertreter der damals minderjährigen Klägerin an der Ermächtigung von Seiten des Familienrathes gefehlt habe. Es ist nämlich der Sinn des L.R.S. 840 in dem erwähnten Punkte nur der, daß bei Theilungen, wenn diese endgültig sein sollen, die Minderjährigen in gesetzlicher Weise vertreten sein müssen, daß aber der Landrechtssatz hinsichtlich der Art und Weise, wie diese Vertretung beschaffen sein müsse, keine eigene Bestimmung geben, sondern deßhalb nur auf die sonst bestehenden Vorschriften hinweisen will.

Vrgl. Chabot, sucess. zu Art. 840 Nro. 2.
Demolombe, sucess. Bd. VIII. No. 689 ff.

Zu den Handlungen bezüglich der Theilung der Fahrnisse ist nun in L.R.S. 825 und 826 nicht besonders eine Ermächtigung des Familienrathes gefordert, und wenn in L.R.S. 465 zur Erhebung einer Theilungsklage eine solche Ermächtigung gefordert wird, so fällt hier dieses Erforderniß hinweg, indem die Theilung zugleich durch Antrag des Ehemannes der Erblasserin ver-

Digitized by Google

anlaßt war, und daher die damals minderjährige Tochter, jetzige Klägerin, und deren Vertreter sich in dem im zweiten Satz des L.R.S. 465 bezeichneten Falle befanden.

Im Uebrigen hat bei jener käuflichen Ueberlassung der Fahrnisse an den Vater der Klägerin — der Vertreter der Letzteren, nämlich der für die Theilung aufgestellte und verpflichtete besondere Pfleger derselben, Ziff. 17 des II. Einführungsedikts, und außerdem auch der Waisenrichter mitgewirkt, welcher zu wichtigeren Handlungen für Minderjährige gemäß der Waisenrichterordn. (Rggsbl. 1810 No. 18) und Ziff. 5 des II. Einführungsedikts zu berufen war.

Sodann kann aber auch der von der Klägerin weiter hervorgehobene Umstand, daß diese Fahrnißüberlassung nicht in der in L.R.S. 826 vorgesehenen Weise geschehen sei, in dem vorliegenden Falle die Ungiltigkeit jenes Aktes nicht nach sich ziehen.

Die Klägerin war nämlich damals erst 4 Jahre alt, und ihr Vater, der Beklagte, zur Nutznießung ihres Vermögens während ihrer Minderjährigkeit berechtigt; er hätte daher nach L.R.S. 453 verlangen können, daß ihm die Fahrnisse der Klägerin im Stück überlassen würden, um sie nach beendigter Nutznießung zurückzugeben, oder, soweit sie etwa nicht mehr vorhanden sein würden, ihren Anschlag zu ersetzen. Dieses hätte zur Folge gehabt, daß der meiste Theil der Fahrnisse in den 17 Jahren der Nutznießung fast werthlos geworden wäre. Statt dessen übernahm der Vater sogleich bei der Theilung jene Fahrnisse um den Anschlag zu Eigenthum, und wendete dadurch den erwähnten beträchtlichen Nachtheil von seiner Tochter ab. Er machte von seinem Recht nicht den vollen Gebrauch, welchen ihm das Gesetz einräumte. Dadurch, daß er ohne vorgängige Ausscheidung des Fahrnißantheils der Tochter sich dafür die Hälfte des geschätzten Werthes der gesammten Fahrnisse aufrechnen ließ, — kann die Tochter nicht beschädigt sein. So wenig nun zu der Ueberlassung der Fahrnisse im Falle des L.R.S. 453 die Zustimmung des Familienraths oder der Obervormundschaft nöthig war, ebensowenig war eine solche Ermächtigung zur völligen Ueberlassung der Fahrnisse erforderlich.

Auch die Ermittlung des Werthes der Fahrnisse war den Gesetzen gemäß. — Sie geschah durch den aufgestellten Schätzer und wurde von dem Waisenrichter, sowie von dem Pfleger gut geheißen, dieses entspricht der Form gerichtlicher Theilungen, welche organisationsmäßig dem Amtsrevisorate noch im Jahre 1831 übertragen war, und der Waisenrichterordnung vom Jahr 1810.

Hiernach hat das Appellationsgericht jene Ueberlassung der Fahrnisse an den Beklagten zu Eigenthum gegen dessen Verpflichtung, sich den Anschlag aufrechnen zu lassen, mit Recht aufrecht erhalten und die Klägerin erscheint nicht beschwert, wenn ihr Gesuch um Theilung der Fahrnisse im Stück in dieser Hinsicht beschränkt wurde."

Von Seite des Beklagten war ferner Beschwerde über jenen Theil des zweitinstanzlichen Urtheils erhoben, wonach derselbe zur Rechnungsstellung über die Verwaltung des in Frage stehenden Gemeinschaftsvermögens für die Zeit vom 18. März 1848 an, schuldig erkannt wurde, da er nicht zu einer ausgedehnteren Rechnungsstellung, als über den Früchtegenuß der letzten fünf Jahre schuldig sei

Das großh. Oberhofgericht erklärte aber auch diese Beschwerde für rechtlich nicht begründet.

Die Entscheidungsgründe besagen hierüber: „Mit Unrecht beruft sich der Beklagte auf die Verjährung des L.R.S. 2277 Ziff. 4, um seine Pflicht zur Rechnungstellung über die Verwaltungsperiode, die älter als 5 Jahre ist, abzuwenden. Es handelt sich um die ihm und seiner Tochter, der jetzigen Klägerin, auf den Tod der Mutter derselben, beziehungsweise Ehefrau des Beklagten gemeinschaftlich angefallene Verlassenschaftsmasse, die bis jetzt in der Hand des Beklagten geblieben ist. Seit die elterliche Nutznießung des Beklagten an dem Vermögen seiner Tochter bei der Großjährigkeit derselben am 18. März 1848 aufgehört hatte, stellte sich das Verhältniß des Beklagten zu seiner Tochter als das eines Gemeinschaftstheilhabers dar, welcher auch den Antheil des andern Theilhabers verwaltet, und über welche Verwaltung er seiner Mittheilhaberin schon in L.R.S. 828, vergl. mit L.R.S. 1476 Rechnung abzulegen verbindlich erklärt ist. Es ist nämlich anerkannt, daß unter der in L.R.S. 828 bemerkten „Rechnungsablage der Miterben gegeneinander" namentlich der Fall begriffen ist, wo ein Miterbe in der Zwischenzeit von dem Anfall der Erbschaft bis zur Bewerkstelligung der Theilung die Verlassenschaftsmasse verwaltet hat, wobei sich in der Verwaltungsperiode ein Zuwachs des Vermögens oder etwa auch eine Verminderung ergeben haben konnte.

Vrgl. Demolombe, Cours d dr. civil: Sucess. T. VIII. No. 663 p. 213.

Digitized by Google

Vrgl. Pothier, Traité des sucess. Chap. IV. Art. IV. u. Art. I. §. III. und Traité de la communauté Chap. II. Art. II. No. 681 Ziff. 1 u. No. 691—692.

Wenn nun der Beklagte bei dieser Verwaltung etwa die Masseliegenschaften verpachtet hatte, und die von dem Pächter abgelieferten Pachtschillinge auch für den Antheil seiner Mittheilhaberin zu Handen nahm, so erscheint dieser Betrag im Verhältniß zwischen dem Beklagten und der letzgenannten keineswegs wie eine unmittelbare Pachtschillingsschuld des Beklagten, auf welche im Verhältniß zu der Mittheilhaberin die Regel des L.R.S. 2277 Abs. 3 anwendbar wäre, sondern es ist die Einnahme eines Forderungspostens der Erbmasse, und die Pflicht zur Ablieferung, beziehungsweise Verrechnung kann nur durch die gewöhnliche 30jährige Verjährung wegfallen.

Aehnlich verhält es sich aber auch, wenn der Beklagte die Liegenschaften im Selbstbau behalten und dabei die Erträgnisse, beziehungsweise die Erlöse derselben auch von dem Antheil seiner Mittheilhaberin zu Handen genommen hat: auch hier beruht der Verpflichtungsgrund für den Beklagten zur Ablieferung der Beträge, beziehungsweise zur Verrechnung gegenüber der Mittheilhaberin nur darauf, daß er Vermögensstücke der Masse eingenommen hat, und es besteht keine bestimmte Verpflichtung für den Beklagten, solche Einnahmen gerade Jahr für Jahr oder in kürzeren festbestimmten Zielern an die Mittheilhaberin zu entrichten, was zur Anwendbarkeit des L.R.S. 2277 Abs. 4 erforderlich wäre. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn Beklagter selbst als Kapitalschuldner oder als Pächter — der Masse gegenüber zu jährlichen Zinsen oder Pachtschillingen und dergleichen verpflichtet gewesen wäre, was aber hier der Fall nicht ist.

Vazeille, Prescription No. 616 p. 628.

Dalloz, Rép. T. XXXVI. Prescription No. 1106 p. 305. Red.

15.

Wiederaufnahme der Unterſuchung nach ergangener Klagfreierklärung.

Annalen 1866 No. 22.

S. Steinle von Ottenhöfen wurde i. J. 1848 der Tödtung des J. Räshammer für klagfrei erklärt. Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheile wiesen sehr dringende Inzichten nach. Die Gendarmerie ermittelte jetzt neue Verdachtsgründe, welche, wenn sie sich beweisen lassen, die Vermuthung begründen, daß eine Verurtheilung erfolgen wird. Der Staatsanwalt richtete an das Amtsgericht den Antrag, die Untersuchung wieder aufzunehmen. Allein Letzteres legte die Akten dem Offenburger Gerichtshofe zur Entscheidung vor.

In der Raths- und Anklagekammer erhoben sich nun die beiden Fragen:

a) ob hier der Wiederaufnahme ein Verfahren vorauszugehen habe, wie es §. 407 u. ff. der Str.-P.O. vorschreibt? und

b) welche Abtheilung des Kreis- und Hofgerichtes die Wiederaufnahme auszusprechen habe?

Ueber die erste Frage einigte man sich schnell dahin, daß hier das öffentlich mündliche Verfahren nach §. 407 u. ff. nicht Statt finde, sondern einfach nach §. 400 der Str.P.O. zu untersuchen sei, ob neue erhebliche Beweise vorhanden sind, und im Falle der Bejahung die Wiederaufnahme der Untersuchung anzuordnen sei. Dieser Auffassung lag folgende Erörterung zu Grunde:

Die jetzige Strafprozeßordnung unterscheidet zwischen Urtheilen auf gepflogene Verhandlung, und zwischen Einstellung des Verfahrens auf gepflogene Voruntersuchung. Ueber Letzteres spricht §. 400, über Ersteres die folgende Paragraphenreihe des Tit. XXVII.

Dieß dürfte sich, mit Bestimmtheit aus Folgendem ergeben:

In §. 407 wird der Bescheid, welcher durch die Wiederaufnahme der Untersuchung beseitigt werden soll, ein „Urtheil" genannt, welches das Gericht erster Instanz, oder auf ergriffene Rechtsmittel ein Obergericht gefällt hat. Nach §. 408 soll über die Frage der Wiederaufnahme eine öffentliche mündliche Verhandlung gepflogen; es soll ein Erkenntniß darüber gegeben, und gegen dieses Erkenntniß soll dem Verurtheilten, bezw. seinen Vertretern, dem Privatankläger und dem Staatsanwalte das Rechtsmittel der Beschwerde zustehen. §. 411.

All' dies paßt nicht zu dem §. 400 der Str.P.O. Denn: die Einstellung einer Untersuchung wegen Unzulänglichkeit des Beweises erfolgt:

a) durch den Untersuchungsrichter unter Zustimmung des Staatsanwaltes. §. 202.

b) durch die Raths- und Anklagekammer §. 206 Ziff. 4 253.

Digitized by Google

Sie erfolgt in der Voruntersuchung, ehe noch eine öffentliche mündliche Verhandlung gepflogen war (die Ueberschrift des XVI. Titels lautet: — — „von den Vorbereitungen zur Hauptverhandlung“) — nicht durch ein Erkenntniß, sondern durch den „Ausspruch,“ „daß der Angeschuldigte von der Anschuldigung zu entbinden sei,“ während wenn eine Hauptverhandlung gepflogen war, und sich eine Unzulänglichkeit des Beweises herausstellte, ein „Urtheil“ gegeben werden muß, und zwar dahin, daß „der Angeklagte freigesprochen“ werde. Gegen den Ausspruch der Einstellung der Untersuchung steht dem Angeschuldigten kein Rechtsmittel zu. §. 202 Ziff. 2, 213. 353 Abs. 3.

Wenn nun die Einstellung der Untersuchung ohne Hauptverhandlung erfolgte, so ist gewiß nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber zu ihrer Wiederaufnahme eine öffentliche Verhandlung gefordert habe; und wenn die Einstellung ohne Erkenntniß erfolgte, und wenn gegen den einfachen Ausspruch dem Angeschuldigten zur Wahrung seines Rufes kein Rechtsmittel zusteht, daß nun die Wiederaufnahme nur durch ein Erkenntniß, welches durch ein Rechtsmittel angreifbar ist, angeordnet werden dürfe.

Nach dem jetzigen Stande der Sache kann daher die Raths- und Anklagekammer zu jeder Zeit die Wiederaufnahme der Untersuchung anordnen, da der Ausspruch der Einstellung der Untersuchung keine Rechtskraft erlangt.

Bei der Klagfreierklärung des früheren Verfahrens war die Sachlage allerdings nicht gleich. Sie erfolgte nicht auf eine Voruntersuchung, sondern auf die vollständig gepflogene Untersuchung, in schweren Verbrechen sogar auf das Schlußverhör hin. Wenn auch anfänglich gegen sie kein Rechtsmittel gestattet war, so hat doch die Rekursordnung vom 3. August 1837 den Klagfreierklärten einen eigentlichen Rekurs zu Recht verliehen. In formeller Beziehung hatte man es daher nicht mehr mit einem einfachen Bescheide zu thun, sondern mit einem eigentlichen Urtheile, wodurch den Angeschuldigten jedenfalls der Makel der Verdächtigkeit aufgedrückt wurde.

Der §. 18 des Strafedikts zählt die Klagfreierklärung zwar zu den lossprechenden Urtheilen, charakterisirt sie aber dahin, daß dadurch „dem Beschuldigten die Eigenschaft einer verdächtigen Person nicht abgenommen werde.“ Allein eben diese Gesetzesstelle stellt zum Nachtheil des Beschuldigten den materiellen Effekt der Klagfreierklärung auf dieselbe Stufe, auf welcher die jetzige Einstellung der Untersuchung wegen Unzulänglichkeit des Beweises sich befindet, wenn sie die Klagfreierklärung dem „ordentlichen Straferkenntniß“ gegenüberstellt, und von ihr sagt, daß sie „den Beschädigten nur bis auf etwaige neuere Inzichten von der Untersuchung befreit.“

Die Klagfreierklärung erlangte daher zu Gunsten des Beschädigten ebensowenig eine Rechtskraft, als jetzt die Einstellung der Untersuchung; und damit rechtfertigt es sich, daß man Beide, bezüglich der Wiederaufnahme gleich behandelt.

Schwieriger erscheint die zweite Frage. Zweifellos kann es die Strafkammer nicht sein, welche diese Wiederaufnahme der Untersuchung anordnet. Denn diese, nur auf einen Verweisungsbeschluß hin in Thätigkeit tretende Gerichtsabtheilung kann nach dem jetzigen Gesetze nur durch Urtheil freisprechen, oder für schuldig erklären, §. 250. 251. 297 d. Str.P.O.; wegen Unzulänglichkeit des Beweises darf sie das Verfahren nicht einstellen. Sie kann daher nicht des Gerichtes Rechtsnachfolgerin sein, dessen in Abs. 2 des §. 400 d. Str.P.O. gedacht ist.

Der Berechtigung der Raths- und Anklagekammer zu diesem Ausspruche der Wiederaufnahme scheinen ebenfalls nicht unerhebliche Bedenken entgegen zu stehen. Denn die Klagfreierklärung des Strafedikts erfolgte auf eine vollständig gepflogene Untersuchung, bei schweren Verbrechen sogar nach dem Schlußverhör, während jetzt die Einstellung der Untersuchung nur in der Voruntersuchung möglich ist, sie war ein Urtheil, gegen welches das Rechtsmittel des Rekurses zuläßig war, und dieses wurde durch den für solche Erkenntnisse competenten Gerichtshof mit der vollen Anzahl seiner Mitglieder gefällt. Für die Geschäfte der Anklagekammer fehlte in der früheren Gerichtsorganisation jedes Analogon. Es wurde daher namentlich im Hinblick auf die schwache Besetzung der Anklagekammer im Verhältniß zum urtheilenden Senate, und darauf, daß hier ein schwurgerichtliches Vergehen in Frage liegt, und §. 407 der Str.P.O. zur rechtsähnlichen Anwendung nicht undienlich erschien, der Vorschlag gemacht, für diesen Fall eine Gerichtsabtheilung aus 5 Mitgliedern zusammenzusetzen, und diesem die Verfügung zu überlassen. Man hielt jedoch in Erwägung, daß dem Wesen der Sache nach, wie bei der Beantwortung der Frage a, anerkannt wurde, die Klagfreierklärungen, wenn auch in einem

Digitized by Google

späteren Stadium der Untersuchung erlassen, etwas Anderes nicht sind, als Einstellungen der Untersuchung wegen Unzulänglichkeit des Beweises, und daß diese Einstellungen nach der jetzigen Organisation der Raths- und Anklagekammern zugewiesen sind, allein für folgerichtig, auch sie in ihrer jetzigen Zusammensetzung für diese Verfügung zuständig zu achten.

Ottendorff.

16.

Die Uebereinkunft, wodurch eine gemeinschaftliche Ziegelhütte Einem der bisherigen Miteigenthümer um den Anschlag gegen die Zusage überlassen ward, den Betrieb nicht einzustellen und den Andern ihren Bedarf an Ziegelwaaren um einen vereinbarten billigen Preis abzugeben, begründet eine persönliche Verbindlichkeit unter denselben, deren Auflösung durch vollständige Theilung von Jedem der Betheiligten, nach Abfluß der in L.R.S. 577 b. g und 815 Abs. 2 bezeichneten Frist begehrt werden kann.

In Sachen

der Gemeinden Schluttenbach, Oberweier und Bruchhausen, Kläger, Appellanten, Oberappellanten

gegen

die Gemeinde Ettlingenweier, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,

Vertragserfüllung, bezw. Dienstbarkeit und Abgabe von Ziegelwaaren betreffend.

Die vier streitenden Gemeinden standen früher unter dem Namen Stab Weier in einem Gemeindeverband. Als eine Trennung der vier Stabsorte stattfand, so daß von da an Jeder derselben eine selbstständige politische Gemeinde bildet, — wurde hiebei unter Leitung des großh. Bezirksamts das zum Stab Weier gehörige Gemeindevermögen unter die vier Stabsorte vertheilt, wozu auch die jetzt im Besitze der Beklagten befindliche Ziegelhütte gehört.

Bezüglich dieser gemeinschaftlichen Ziegelhütte wurde, ausweislich der anerkannten Verwaltungsakten des großh. Bezirksamts Ettlingen, am 9. August 1821 unter den vier genannten Gemeinden das Uebereinkommen getroffen, daß diejenige Gemeinde, welcher die Ziegelhütte im Loose zufallen werde, neben der Bezahlung des Taxatums die Verpflichtung zu übernehmen habe, das 1000 Stück Ziegel, Backsteine und Kaminsteine zu 5 Gulden zu allen Zeiten an die Bürger der vier erwähnten Gemeinden zum nöthigen Gebrauch abzugeben, — daß die betreffende Gemeinde zwar berechtigt sein solle, die Ziegelhütte zu verpachten oder zu verkaufen, jedoch mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß der Pächter oder Käufer dieselbe Verbindlichkeit zu erfüllen habe, — und endlich, daß die Gemeinde, welche die Ziegelhütte erhalten werde, nicht berechtigt sein solle, sie eingehen zu lassen. —

Unter diesen Bedingungen ist die Ziegelhütte durch das Loos der Gemeinde Oberweier zugefallen, welche sie im Jahre 1836 unter den nämlichen Bedingungen an die beklagte Gemeinde verkauft hat. — Da diese sich weigerte, gegenüber den Bürgern der drei klagenden Gemeinden die bezeichnete vertragsmäßig übernommene Verbindlichkeit, denselben die Ziegelwaaren, soviel sie zum eigenen Gebrauch nöthig haben, das Tausend zu 5 fl., abzugeben, zu erfüllen, so haben jene Gemeinden eine Klage auf Vertragserfüllung erhoben, und großh. Oberhofgericht erkannte ihre, gegen die Urtheile der früheren Instanzen, welche die Klage abgewiesen haben, gerichtete, Beschwerde durch Urtheil vom 15. Dezember 1866 als begründet, welches dahin erging:

„Die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien, unter Wettschlagung der Kosten aller drei Instanzen, dahin abzuändern:

Die beklagte Gemeinde sei schuldig, an die Bürger der Orte Oberweier, Schluttenbach und Bruchhausen aus der vormals zum Stab Weier gehörigen Ziegelhütte — Ziegel, Back- und Kaminsteine, soviel sie jeweils zum eigenen Gebrauch nöthig haben, per 1000 Stück zu 5 fl. abzugeben, vorbehaltlich des Rechts einer jeden der betheiligten Gemeinden auf Auflösung dieses Rechtsverhältnisses."

Entscheidungsgründe.

Was zunächst die von der Beklagten bestrittene Berechtigung der klagenden Gemeinden zur Erhebung der Klage betrifft, so ist dieselbe, wie schon die vorderen Gerichte angenommen haben, mit Grund nicht zu beanstanden, da es sich nach dem Klagvortrage, wenn auch

Digitized by Google

nicht um eine Berechtigung der klagenden Gemeinden, als solcher, doch um solche Ansprüche handelt, welche jedem Bürger derselben zukommen, und somit diese Gemeinden es sind, welchen in einem Rechtsstreite hierüber die Vertretung der Gesammtheit ihrer Angehörigen zusteht.

Was die Sache selbst angeht, so haben die vordern Instanzen in den angeführten Vertragsbestimmungen die Constituirung einer dinglichen, auf besagter Ziegelhütte ruhenden Last, einer Servitus in faciendo, erkannt, welche seit Einführung des Landrechts nicht weiter in's Leben gerufen werden könne, daher jener Uebereinkunft, als gesetzwidrig, keine Rechtswirkung beizulegen sei.

Zunächst handelt es sich aber, so wie die Sache liegt, um ein Rechtsverhältniß unter Vertragsinteressenten, folglich um eine persönliche Verbindlichkeit, und es ist daher nicht geeignet, von dem Gesichtspunkte eines dinglichen Rechts auszugehen, der erst dann entscheidend sein würde, wenn jene Ziegelhütte in die Hände eines an obigem Theilungsvertrage unbetheiligten Dritten übergegangen wäre. Die drei klagenden und die beklagte Gemeinde haben eine Theilung von Miteigenthum im Wege der Güte vollzogen, wobei ihnen vollkommen freistand, diejenigen Verabredungen und Theilungsmodalitäten festzusetzen, welche sie zu treffen für gut fanden, — sie waren berechtigt, das Miteigenthum im Ganzen zu vertheilen, oder die Vertheilung desselben auf einzelne Theile zu beschränken, — sie konnten den Genuß vom Eigenthum ganz oder theilweise ablösen und über Beides nach Belieben verfügen; sie durften daher bei einem Theilungsobjekte, welches — wie die fragliche Ziegelhütte — nicht so vielfach vorhanden ist, als es Betheiligte sind, und die sie zunächst nicht in dritte Hände gelangen lassen wollten, diejenige Verfügungsweise wählen, welche ihnen die zweckmäßigste schien. Sie haben nun von der ihnen zustehenden Befugniß in der Weise Gebrauch gemacht, daß sie durch Festsetzung der erwähnten Bestimmungen das Dispositionsrecht über die gemeinschaftliche Ziegelhütte zwar im Allgemeinen auf die Gemeinde, welcher solche durch das Loos zufiel, übertrugen, sich selbst aber einen Theil des Nutzens, den der Betrieb der Ziegelhütte abwarf, mit der Bestimmung vorbehalten, daß er denjenigen Bürgern der betreffenden vier Gemeinden zukommen solle, welche zur Erbauung oder Ausbesserung ihrer Gebäulichkeiten Ziegelwaaren bedürfen.

Durch diese Bestimmungen, welche zunächst hier maßgebend sind, haben sich die paciscirenden Gemeinden gegen kein verbietendes Gesetz verfehlt; die Beklagte ist daher da Verträge redlichen Vollzug verlangen, bis auf Weiteres zu deren Erfüllung verbunden. Was die weitere Clausel anlangt, daß die Gemeinde die Ziegelhütte nicht ohne den ausdrücklichen Vorbehalt der darauf gelegten Last veräußern dürfe, so ist schon oben bemerkt, daß deren Rechtsgültigkeit zu untersuchen zwecklos ist, so lange sich die Ziegelhütte — sei es in erster oder zweiter Hand — noch im Besitze einer der vertragschließenden Gemeinden befindet.

Dagegen erscheint allerdings die Bestimmung, daß die Ziegeln 2c. um den festgesetzten Preis zu allen Zeiten an die Bürger abgegeben werden müßten, und die betreffende Gemeinde die Ziegelhütte nicht eingehen lassen dürfe, — rechtlich nicht als haltbar. Dieselbe widerstreitet einmal dem Geiste unserer Gesetzgebung, welche derartige Rechtsverhältnisse nur auf bestimmte Zeit einzugehen gestattet, — L.R.S.S. 530. 1709. 1780 — sodann den auf dem gleichen Prinzip beruhenden, hier direkt anwendbaren L.R.S.S. 577 b.g 815, wonach Jeder auf Theilung der Gemeinschaft dringen kann. Und in der That handelt es sich hier um ein Objekt, — die Ziegelhütte — dessen Gemeinschaft nicht gänzlich unter den Gemeinden aufgehoben ist, indem einer derselben eine beschränkte Verfügungsgewalt, den drei andern gewisse Rechte auf deren Benutzung zustehen. Diese, insoweit fortdauernde Gemeinschaft unterliegt nun ebenfalls den Beschränkungen, welche von jeder Gemeinschaft gesetzlich gelten, und hindert insbesondere keinen der Gemeinschaftsgenossen, zu jeder Zeit auf gänzliche Theilung, beziehungsweise auf Versteigerung des füglich nicht theilbaren Objekts zu diesem Zwecke zu dringen, nachdem die in L.R.S. 815 Abs. 2 bestimmte Zeit, auf welche die Theilung vertragsmäßig verschoben werden kann, und auf welche mithin das Geding, daß das festgesetzte Rechtsverhältniß für alle Zeiten fortdauern soll, zurückgeführt werden muß, schon längst umflossen ist.

Wenn es übrigens noch zweifelhaft wäre, ob durch das Auskunftsmittel, welches die betheiligten Gemeinden bezüglich der Ziegelhütte zur Anwendung gebracht haben, eine vom Gesetze nicht gestattete Errichtung einer neuen Reallast in's Leben gerufen werden sollte, oder ob dasselbe nur eine, den Miteigenthümern gesetzlich erlaubte Verfügung über einen füglich nicht theilbaren Gegenstand

Digitized by Google

ihres Miteigenthums enthalte, so müßte schon bei dieser Zweifelhaftigkeit nach L.R.S. 1157 die getroffene Uebereinkunft in dem Sinne, in welchem sie eine Wirkung haben kann, und mit den bestehenden Gesetzen im Einklang steht, ausgelegt, und daher für die einstweilige Aufrechthaltung derselben entschieden werden.

Die Beklagte hat zwar die Einrede der Verjährung entgegengehalten, indem sie behauptet, daß seit 1821 mehrmals, ja in vielen einzelnen Fällen, die betheiligten Bürger zu einem Neubau die besagten Ziegelwaaren nur bis zu 1600 Stück, das Tausend zu 5 fl. erhalten, dagegen den Mehrbedarf zum laufenden Preis bezahlt haben, wodurch eine Erlöschung des Rechts der klagenden Gemeinden oder eine Veränderung des klagend verfolgten Rechtsverhältnisses zum Vortheil der beklagten Gemeinde eingetreten sei.

Dieser Einwand erscheint jedoch schon darum als unbegründet, da der Einzelne durch Annahme eines Theils der vertragsmäßigen Lieferung der Ziegelwaaren, und durch Nichtgebrauch der ihm zustehenden Berechtigung in ihrem vollen Umfange seinem eigenen weiter gehenden Rechte nichts vergeben hat, — L.R.Z.S S. 1338a. 1244 — und noch weniger dem vollen Rechte der Gesammtheit der Berechtigten etwas vergeben konnte.

Eine weitere Einwendung wird unter Bezugnahme auf die L.R.S.S. 701. 702. arg. 688. 689. 691 dahin vorgeschützt, daß die Verbindlichkeit der beklagten Gemeinde dadurch, daß in neuerer Zeit fast alle Häuser in den klagenden Gemeinden von Backsteinen gebaut werden, während sie früher aus Bruchsteinen oder Stückwerk (Lehm) erbaut worden seien, beschwerlicher gemacht werde. Auch dieser Einwand stellt sich als hinfällig dar, da nicht, wie von der Beklagten angenommen wird, und wovon die angeführten Gesetzesstellen allein handeln, eine Grunddienstbarkeit in Frage liegt, sondern eine persönliche Verbindlichkeit, wozu sich die Beklagte vertragsweise verpflichtet hat, und welche daher nicht wegen Veränderung der Umstände aufgehoben oder vermindert wird, — L.R.S. 1234a — sondern nach L.R.S. 1134 gleich einem Gesetze in ihrem vollen Umfange zu vollziehen ist.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, in der Hauptsache erkannt.

Was die Entscheidung des Kostenpunktes betrifft, so wurde in Erwägung gezogen, daß die klagenden Gemeinden schlechthin die richterliche Anerkennung des unter den streitenden Theilen bestehenden Rechtsverhältnisses verlangt haben, während dessen Auflösbarkeit auszusprechen war, — auch die Beklagte einredend nur ihre Verpflichtung zur unbeschränkten Lieferung von Back- und Kaminsteinen widersprochen, dagegen diejenige zur Lieferung von Ziegeln ausdrücklich zugestanden hatte. Pr.O. §. 172.

Red.

17.

Bei Abstimmungen in der Strafkammer ist ein Milderungsgrund bejaht, wenn zwei Stimmen ihn als vorhanden annehmen. §. 298 der Str.P.O.

Unsere Strafprozeßordnung verlangt sowohl bei den Wahrsprüchen der Geschworenen, als den Beschlüssen der Strafgerichte überhaupt, Geheimhaltung der Abstimmung.

Es dürfen deßhalb weder die Fragebogen, noch die Sitzungsprotocolle Beurkundungen über die Stimmenzahl enthalten. §. 285 und 297. Folgeweise ist auch einzelnen Mitgliedern nicht mehr, wie unter der früheren Gesetzgebung, gestattet, ihr abweichendes Votum zu den Acten zu geben. (Ammann zu §. 297)

Gewichtige Bedenken können gegen diese Vorschrift erhoben werden, welche dem Angeklagten die Controle über die formelle Gültigkeit der Abstimmung entzieht, und ihm wegen unrichtiger Abstimmung eine Nichtigkeitsbeschwerde versagt.

Bei dem klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers unterlassen wir, diese Bedenken hier näher zu beleuchten, begnügen uns vielmehr, sie angedeutet zu haben, um zu zeigen, wie sehr es uns für die mit Ausübung der Strafrechtspflege betrauten Richter im Interesse der Sache geboten erscheint, eine Frage von so praktischer Wichtigkeit, wie die über die nöthige Stimmenzahl, hier zu besprechen, sobald sich verschiedene Ansichten darüber geltend zu machen suchen, und dieselbe schon abweichend von der in der Ueberschrift gegebenen Beantwortung zum Nachtheil des Angeklagten entschieden wurde.

Das Einführungsgesetz zur Strafgesetzgebung vom 5. Februar 1851, auf welches wir hier zurückgehen müssen, enthielt für die Abstimmung der Geschworenen in §. 98 eine besondere Bestimmung über die nöthige Stimmenzahl, für die Abstimmungen der Schwurgerichts-

Digitized by Google

höfe, der hofgerichtlichen Strafsenate und des oberhofgerichtlichen Rekurssenats aber mangelte dieselbe, indem namentlich §. 247 Abs. 1 der Str.P.O. vom Jahr 1845, welcher auch hier für Beantwortung einzelner Fragen ²/₃tel der Stimmen verlangte, nicht miteingeführt wurde.

Bei diesen Strafgerichten entschied daher hinsichtlich aller Fragen die Stimmenmehrheit, und konnte mit Rücksicht auf die ungerade Anzahl der Richter (3 oder 5) darum auch nicht wohl im einzelnen Fall eine Meinungsverschiedenheit darüber vorhanden sein, ob ein Milderungsgrund als angenommen oder verworfen zu betrachten sei; denn wenn sich von 3 Stimmen nur 1 oder von 5 Stimmen nur 2 für dessen Annahme erklärten, so hatte damit die Majorität dessen Nichtvorhandensein bejaht.

Anders jedoch bei den Schwurgerichten, denn §. 98 — besagend:

„Die Frage, ob die That verübt worden, ob eine Thatsache, die als erschwerender Umstand gilt, dabei vorkomme, ob der Angeklagte als Urheber oder Gehülfe und ob derselbe zurechnungsfähig erscheine, ist nur dann als bejaht zu betrachten, wenn mindestens ²/₃tel der Geschworenen sie bejahen;“

veranlaßte die Streitfrage, ob ein Strafmilderungsgrund schon als bejaht gelte, wenn sich 5 Stimmen von 12 dafür, somit nicht ²/₃tel dagegen aussprechen, oder nur, sofern 7 Stimmen (beziehungsweise wegen der dem Angeklagten zu Gunsten anzurechnenden Stimmengleichheit, 6 Stimmen) ihn annehmen.

In ersterer Richtung:

Bekk, Anmerkungen zur Gesetzgeb. v. J. 1851 S. 83 ff.

In letzterer Richtung:

E. Brauer, Annalen XXIII. S. 289.

Abweichend von dem im Entwurf der Strafprozeßordnung von 1862 aufgestellten Prinzip über die nöthige Stimmenzahl zur Annahme eines Strafaufhebungs- und Milderungsgrundes, wornach dasselbe Stimmenverhältniß in der Strafkammer wie bei den Geschworenen verlangt wurde (§. 251. 298 des Entwurfs v. J. 1862), bestimmte der den Ständen vorgelegte Entwurf v. J. 1863 bezüglich der Abstimmung der Geschworenen über Strafaufhebungs- oder Milderungsgründe in §. 283 Abs. 2:

„Wird ein thatsächliches Verhältniß zum Gegenstand der Frage gemacht, dessen Dasein die Strafbarkeit des Angeklagten ausschließt, oder aufhebt (wie namentlich Zustände, die die Zurechnung ausschließen und Nothwehr), oder welches einen Strafmilderungsgrund bildet, so ist die Frage schon dann bejaht, wenn sich 5 Stimmen für die Bejahung erklären,“

und wurde auch so in das Gesetz aufgenommen. §. 285 Abs. 2.

In dem vom Abgeordneten Haager erstatteten Commissionsberichte der II. Kammer ist bemerkt, daß hierdurch die bei uns aufgetauchte Streitfrage über die gesetzlich erforderliche Stimmenzahl hinsichtlich der Wahrsprüche über die Strafausschließungs- oder Aufhebungs- und Milderungsgründe richtig entschieden sei.

Bei der Discussion in der II. Kammer wurde hiergegen nichts eingewendet.

Vrgl. Protocollheft der II. Kammer S. 575.

Wenn aber die Gesetzgebung hiernach die durch die Fassung des §. 98 des Einführungsgesetzes vom Jahre 1851 aufgetauchte Streitfrage nur richtig entschieden zu haben erklärt, so sind wir nicht berechtigt, einer Bestimmung, wie sie §. 298 der Str.P.O. vom Jahre 1864 für die Abstimmung der Strafkammer enthält, nämlich:

„Die Fragen, ob die That verübt worden? ob eine Thatsache, die als erschwerender Umstand gilt, dabei vorkomme, und ob die Schuld des Angeklagten als Urheber oder Gehülfe oder Begünstiger erwiesen sei, können nur mit einer Mehrheit von vier Stimmen bejahend entschieden werden.“

Im Uebrigen entscheidet einfache Stimmenmehrheit; eine andere Auslegung zu geben, da wir diesen §. 298 in seinen hier wesentlichen Bestimmungen gleichlautend mit §. 98 des Einführungsgesetzes vom Jahre 1851 erachten müssen, und wir die Ansicht Bekks über §. 98 durch die Ausführungen E. Brauers in Annalen a. a. O. nicht widerlegt erachten können.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro März 1867. No. 3.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 3.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat März 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 7. März.	
149	Steinmetz gegen Maisch. — Forderung.	Scholl. — Strauß.
140	Altstätter Gant. — Anfechtung einer Vermögensübergabe.	Eller. — Bertheau.
	Dienstag den 12. März.	
163	v. Gillmann gegen seine Ehefrau. — Kindherausgabe.	Kusel. — Mayer.
144	Pfeifer gegen Velten. — Staatspapierherausgabe.	v. Engelberg. — M. Fürst.
	Donnerstag den 14. März.	
147	Auchter gegen Auchter. — Forderung.	Wehrle. — Esser.
158	Ohnemus gegen Göppert. — Ersatzforderung.	Grimm.
	Montag den 18. März.	
145	Veit gegen Veit. — Rückforderung.	Ettlinger. — Wengler.
	Donnerstag den 21. März.	
148	Mähly gegen Sutter. — Eigenthum.	Ullrich — Esser.
150	Wetzel gegen Armbruster. — Forderung und Rechnungstellung.	Gamber — Kusel.
	Dienstag den 26. März.	
146	Kamenisch gegen Friedrich. — Herausgabe von Liegenschaften.	Bertheau. — Esser.
	Donnerstag den 28. März.	
159	Weidenhammer Gant. — Rückdatirung.	Grimm. — v. Engelberg. — Barazetti.
160	Bauer gegen Mayer. — Haustheilung.	Strauß. — Krämer.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Annalen der großh. badischen Gerichte.

4°. 1.–32. Bd. 1833–66. à fl. 5.

In meinen Verlag ist übergegangen:

Jahrbücher des Oberhofgerichts.

Band I.–XX. (I.–VII. A. F. in 4°. I–XIII. N. F. in 8°.)

sowie

Jahrbücher für badisches Recht.

Herausgegeben

von

Dr. A. Stabel,

Staatsminister.

Das 5. Heft des letzteren, wovon kürzlich das 3. u. 4. Heft des I. (XXI.) Bandes erschien, wird demnächst ausgegeben, und erfolgt sodann specielle Anzeige.

Bei Bezug completer Exemplare, wie einzelner älterer Bände der **Annalen** sowohl als der **Jahrbücher** tritt ein ermäßigter Preis ein und steht Interessenten Preisverzeichniß zu Diensten.

Das

Strafgesetzbuch

für das

Großherzogthum Baden

nebst Abänderungen und Ergänzungsgesetzen, einschließlich der in Aussicht stehenden Gesetze über Presse, Vereine und Ministerialverantwortlichkeit

mit Erläuterungen

von

Dr. S. Puchelt,

großherzoglich badischem Kreisgerichtsdirektor.

(Erste Abtheilung: Einführungsgesetz vom 5. Febr. 1851 und allgemeiner Theil des Strafgesetzbuches.)

Wie mit diesem Buche einem längst gefühlten Bedürfnisse entsprochen wird, so bürgt der in unserer Juristenwelt bekannte Name des Herrn Verfassers für ein tüchtiges Werk.

(Die zweite Abtheilung wird in Kürze, der Schluß vor nächstem Frühjahr nachfolgen.)

In meinem Verlage werden im Laufe der nächsten Monate die **beiden** nachfolgenden wichtigen Werke erscheinen:

Die badische

Civil- und Strafgesetzgebung

in ihrer jetzigen Gültigkeit.

Nach systematischer Reihenfolge herausgegeben

von

mehreren praktischen Juristen.

Von diesem Werke, das sein Entstehen einem wirklichen Bedürfnisse verdankte, liegt die 1.—4. Lieferung der „Strafgesetzgebung" und die 1.—7. Lieferung der „Civilgesetzgebung" vor und wird die Beendigung beider Bände im nächsten Monate erfolgen.

Das

Gantverfahren und Gantrecht

nach den

badischen Gesetzen 2c. 2c.

von

L. Stempf,

großherzoglich badischem Oberhofgerichtsrath.

Dritte gänzlich umgearbeite Auflage.

Eine neue Auflage ist die natürlichste Anerkennung für die Brauchbarkeit eines Buches und eine dritte Auflage bei einem Werke über ein Fach der badischen Jurisprudenz eine große Seltenheit. — Wir können versichern, daß der Herr Verfasser durch gänzliche Umarbeitung des Buches nach dem Stande der neuen Gesetzgebung und der vorgeschrittenen Wissenschaft sein Möglichstes thun wird, um die alte Gunst demselben auch ferner zu erhalten.

Mannheim, den 22. Januar 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 10.

31.

Ueber die Einrede des Zwangs, L.R.S. 1111. 1112. 2053.

war das großh. Oberhofgericht in folgenden zwei Rechtsfällen sich auszusprechen veranlaßt:

I.

In Sachen
des Johann Maise von Albert, Klägers, Appellanten, Oberappellanten,
gegen
Michael Willimann von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,
Richtigkeit eines Vergleichs betreffend.

Müller Maise verlangte, daß der zwischen ihm und Zeugschmied Willimann wegen Haltung eines Mühlenverkaufs in der gerichtlichen Verhandlung vom 12. April 1864 abgeschlossene Vergleich auf Grund eines, hauptsächlich von Seite des verhandelnden Richters stattgehabten, Zwanges für ungiltig erklärt werde.

Mit dieser Klage wurde er aber in allen Instanzen abgewiesen; von großh. Oberhofgerichte durch Urtheil vom 9. November 1865 aus folgenden

Gründen:

„In den Vorgängen und Umständen, welche in der Klage und ihren Nachträgen behauptet ꝛc. sind, ist von den Vorderinstanzen mit Recht nicht der in L.R.S. 2053, beziehungsweise L.R.S.S. 1111. 1112 ff. geforderte Charakter eines, die Giltigkeit des Geschäfts aufhebenden, Zwanges gefunden worden.

Was zunächst die gerichtliche Verhandlung vom 12. April 1864 betrifft, bei welcher unmittelbar der Vergleich zu Stande kam, so ist hinsichtlich derselben in der Klage nur ganz allgemein behauptet, der Amtsrichter sei mit guten und drohenden Worten auf Müller Maise, damaligen Beklagten, wegen Abschluß eines Vergleiches eingedrungen, habe ihn bearbeitet u. dgl.; es sind aber keine solche bestimmte Aeußerungen, in welchen eine Nöthigung desselben zu dem Vergleichsabschluß zu erkennen wäre, behauptet und dem Richter oder der Gegenpartei des jetzigen Klägers zur Last gelegt; ebenso war der, klägerischer Seits hervorgehobene Umstand, daß der damalige Beklagte, wie übrigens auch die Gegenpartei und beide Anwälte, der über zwei Stunden andauernden Verhandlung stehend hätten anwohnen müssen, offenbar keinerlei Einwirkung auf die freie Willensbestimmung der beiden Parteien auszuüben geeignet.

Bei den von klägerischer Seite weiter behaupteten Vorgängen aber, welche nicht bei jener Gerichtsverhandlung vom 12. April 1864 selbst, sondern schon früher stattgehabt haben sollen, kommt in Betracht, daß der fragliche Vergleichsabschluß jedenfalls nicht unter dem unmittelbaren Eindruck derselben erfolgte, daher es hierbei nicht nur darauf ankommt, welchen Einfluß jene Vorgänge in dem Zeitpunkte, in welchem sie stattfanden, auf die Willensbestimmung des damaligen Beklagten auszuüben geeignet waren, sondern auch, daß dieser Einfluß noch bis zum Vergleichsabschluß fortgewirkt habe. Wenn nun nach der Behauptung des Klagnachtrags schon in den Verhandlungen vom 5. April d. J. dem jetzigen Kläger von Seite der Gegenpartei mit Erhebung einer Meineidsanklage gedroht worden sein soll, für den Fall, daß Ersterer seine damals gegebene Darstellung über den Inhalt der Verkaufsverhandlungen eidlich bestätigen würde, so würde darin noch keine solche widerrechtliche Gewaltsanmaßung liegen, wie L.R.S.S. 1111 u. 1112 zum Vorhandensein eines Zwanges voraussetzen. Es konnte nämlich dem damaligen Prozeßgegner nicht benommen sein, einen solchen Antrag auf Einleitung eines Untersuchungsverfahrens, wie er andeutete, seiner Zeit zu stellen, wogegen anderseits der Oberappellant, wenn er sich seines guten Rechtes bewußt war, dennoch den Eid ableisten, und ruhig den Erfolg jener Androhung abwarten konnte, so daß diese an und für sich in dem Oberappellanten, unter Voraussetzung eines guten Bewußtseins, nicht die gegründete Furcht eines überwiegenden und innestehenden Uebels hervorrufen konnte.

Wenn ferner in der Klage weiter behauptet ist, daß der Amtsrichter durch den Bürgermeister Eschbach

Digitized by Google

dem Maise von der Ausschwörung eines Eides über den Mühlenkauf habe abrathen und ihm eröffnen lassen, es könne ihm schlecht gehen, er solle es wohl bedenken, er könne in's Zuchthaus kommen, wenn er schwöre u. s. w., — so wäre hierdurch von dem Amtsrichter immerhin nur eine Besorgniß oder ein Verdacht ausgesprochen, daß Maise den von ihm angegebenen Hergang wohl nicht mit gutem Bewußtsein beschwören und darüber in Untersuchung gerathen könne; es wäre aber auch hier zunächst der eigenen Erwägung des Oberappellanten anheim gegeben gewesen, ob er den Eid leisten könne, und die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens für den Fall der Eidesleistung keineswegs in bestimmter Weise angedroht worden.

Auch hinsichtlich der Besprechung, welche nach der Behauptung des Klagnachtrags am Tage des Vergleichsabschlusses vor der deßfallsigen Gerichtsverhandlung in der Privatwohnung des großh. Amtsrichters zwischen diesem und dem jetzigen Kläger über den betreffenden Rechtsstreit stattgehabt haben soll, sind dem großh. Amtsrichter wieder nur Aeußerungen in ähnlicher Richtung zur Last gelegt, daß nämlich derselbe dem damaligen Beklagten dringend zum Abschluß eines Vergleichs gerathen und wiederholt den Verdacht ausgesprochen habe, daß Maise einen Eid, wie er ihm bereits zugeschoben und von ihm angenommen war, nicht mit gutem Gewissen schwören könne. Obgleich es nun entschieden zu mißbilligen wäre, wenn der betreffende Richter über Rechtsverhältnisse, hinsichtlich deren er zu weiteren Amtshandlungen berufen sein konnte, Betheiligten gegenüber im Voraus seine subjektive Ansicht ausgesprochen hätte, so würde doch ein unabwendbares Uebel sich als Folge hievon für Maise ebenfalls nicht dargestellt haben, indem es demselben bekannt sein mußte, daß der Richter, der sich als befangen gezeigt hat, seiner Zeit als Untersuchungsrichter abgelehnt werden konnte, sowie ohnehin bei der Aburtheilung einer solchen Anschuldigung dessen Mitwirkung nicht in Aussicht stand. Der Umstand, daß solche Rechtsbehelfe gegen richterliche Beamte unter Umständen gegeben sind, mußte um so mehr in's Gewicht fallen, als der Vollzug einer Drohung hinsichtlich der Leistung eines Eides, auf welchen noch nicht einmal erkannt war, erst in einem noch fernen Zeitpunkt eintreten konnte, auch der Beklagte Maise bei der fraglichen Vergleichsverhandlung selbst nicht unter dem Einflusse der Ueberraschung handelte, da seit der erwähnten Eröffnung des Bürgermeisters Eschbach, und noch nach der bemerkten Besprechung in der Privatwohnung des großh. Amtsrichters, eine freie Zwischenzeit eingetreten war, in welcher Ersterer die Bedeutung und die Tragweite der Aeußerungen des großh. Amtsrichters näher überlegen und sich darüber namentlich bei seinem Anwalte, der sohin mit ihm bei der Vergleichsverhandlung erschien, Raths erholen konnte. Hiernach würde es auch kein innestehendes Uebel gewesen sein, zu dessen Fernhaltung der damalige Beklagte hätte veranlaßt sein können, widerrechtlichen Einwirkungen des Richters nachzugeben.

Auch der weiter angeführte Umstand, daß der Richter bei der Vergleichsverhandlung den beklagtischen Anwalt, der das Wort habe ergreifen wollen, nicht habe reden lassen, wäre ꝛc. nicht geeignet, um daraus auf einen, von Seite des Richters gegen den damaligen Beklagten geübten Zwang schließen zu lassen; zudem war es dem Anwalt und dem Beklagten jederzeit unbenommen, die Vergleichsverhandlungen abzubrechen, wenn dies wirklich ihr Wille gewesen wäre.

Aus der Persönlichkeit des Klägers Maise endlich, auf welche sich in den Verhandlungen beide Theile in entgegengesetzter Richtung berufen, und worüber sie nachträglich Zeugnisse übergeben haben, ergibt sich für die Annahme eines stattgehabten Zwanges keine Unterstützung, sondern vielmehr eine Gegenbescheinigung. Denn während aus den, klägerischer Seits übergebenen, ärztlichen Zeugnissen nicht zu entnehmen ist, daß Maise für die Einwirkungen der Angst besonders empfänglich sei, so ist anderseits von einem Manne, welcher, wie Maise, ausweislich des gemeinderäthlichen Zeugnisses, schon seit langen Jahren das Amt eines Gemeinderaths und seit Kurzem auch das eines Mitgliedes des Ortsschulraths bekleidet, anzunehmen, daß er mit den betreffenden Gesetzen hinlänglich vertraut gewesen sei, um die Bedeutung und Tragweite der angeblichen Drohungen des großh. Amtsrichters beurtheilen zu können, und daß er bei dem häufigen Verkehr mit Staatsbehörden sich durch Zureden des großh. Amtsrichters, besonders wo er seinen Anwalt zur Seite hatte, nicht über die Maßen habe einschüchtern lassen.

Nach allem Diesem erscheint die Abweisung der Klage schon nach dem eigenen Inhalt derselben — auch abgesehen von den beklagterseits zur Entkräftung der Klagthatsachen vorgetragenen anderweiten Vorgängen — gerechtfertigt, und waren daher die vorderinstanzlichen

Digitized by Google

Urtheile und zwar gemäß §. 170 der Pr.O. unter Verfällung des Klägers auch in die Kosten des dritten Rechtszuges zu bestätigen.

II.

In Sachen
des Handelsmanns Wolf Gieser in Walldorf, Klägers, Appellaten, Oberappellaten,
gegen
Georg Michael Treiber und dessen Ehefrau, Elisabeth geborene Debus in Plankstadt, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,
Forderung betreffend,

waren die Beklagten auf Grund einer von ihnen unterzeichneten Abrechnungsurkunde vom 5. Februr 1865 auf Zahlung von 2855 fl. 12 kr. nebst 6% Zinsen belangt.

Aus den Verhandlungen ergab sich, daß sie dem Kläger schon mehrmals solche Urkunden unterzeichnet hatten, daß sie vor Unterzeichnung der Urkunde vom 5. Februar 1865 des Klägers Wohnung verlassen hatten, nachdem die Ehefrau eine der im Besitz des Klägers befindlichen Urkunde zerrissen und eine andere eingesteckt hatte, und indem sie sich weigerten, die neue Urkunde zu unterzeichnen; daß sie aber nach etwa einer Stunde zurückkamen, sich zur Unterzeichnung der neuen Urkunde bereit erklärten, und sie dann auch unterzeichneten.

Sie wendeten aber gegen die Klage ein, bei dieser Unterzeichnung seien sie einem Zwang unterlegen, den der Kläger durch die Drohung auf sie ausgeübt habe, daß er sie wegen ihres gewaltthätigen Benehmens in das Zuchthaus bringe, wenn sie die neue Urkunde nicht unterzeichnen.

In erster Instanz blieb diese Einrede unberücksichtigt, in zweiter ward sie zwar zum Beweis ausgesetzt, aber ohne Erfolg.

Soweit hiernach in dieser Richtung ein bestätigendes Urtheil erging, wurde die Oberappellation ergriffen.

Die Einrede konnte eigentlich nur durch die bestimmt zu circumstantiirende Behauptung begründet werden, der Kläger habe mit seiner (an sich berechtigten) Drohung mit gerichtlicher Anzeige die Furcht der Beklagten vor der, von der Ehefrau durch ihr Benehmen verwirkten Strafe dazu mißbraucht, dieselben zur Unterzeichnung eines höheren Schuldbekenntnisses als ihre Schuld wirklich betrug, zu bestimmen. In dieser, dem §. 417 des Str.-G.B. entsprechenden Weise war jedoch die Einrede nicht scharf genug ausgeprägt, obschon die Beklagten die Richtigkeit des in der Urkunde bezeichneten Schuldbetrags widersprachen.

Ebenso hätte der Eintritt einer Pause zwischen Weigerung und Unterzeichnung dann unerheblich erscheinen müssen, wenn Umstände darzuthun gewesen wären, wodurch die in den Beklagten durch die Drohung erregte Furcht in der Zwischenzeit gesteigert worden wäre, oder welche doch die Fortdauer der Furcht hätten annehmen lassen. Solche Umstände sind jedoch nicht geltend gemacht worden. Dagegen gab einer der vernommenen Zeugen an, daß die beklagte Ehefrau die Aufforderung ihres Ehemanns in der Wohnung des Klägers, diesem die weggenommene Urkunde zurückzugeben, mit einem Schlag nach ihrem Ehemanne erwiedert hatte.

In dritter Instanz erfolgte ein bestätigendes Urtheil vom 5. Februar 1867 mit folgenden

Entscheidungsgründen:

Die Beklagten beschweren sich dagegen, daß der von ihnen gegen die Urkunde vom 5. Februar 1865 vorgeschützten Einrede des Zwangs keine Folge gegeben worden ist. Sie erscheinen aber nicht als beschwert, denn diese Einrede ist nicht begründet. Nach L.R.S. 1111 tritt nämlich Nichtigkeit wegen Zwangs nur dann ein, wenn wider denjenigen, welcher eine Verbindlichkeit übernimmt, widerrechtliche Gewaltsanmaßung stattgefunden hat. Einer solchen hat sich aber der Kläger, dessen Beweismittel gegen die Beklagten theils zerrissen, theils von der beklagten Ehefrau an sich genommen waren, gegenüber der Weigerung der Beklagten, die von ihm entworfene neue Beweisurkunde zu unterzeichnen, dadurch nicht schuldig gemacht, daß er gegen rechtswidrigen Eingriff in sein Eigenthum polizeiliche oder gerichtliche Hilfe nachgesucht, beziehungsweise Bestrafung verlangt oder in Aussicht gestellt hat.

Auch war damit der, keineswegs eingeschüchterten Ehefrau des Beklagten kein überwiegendes und innestehendes Uebel, wie L.R.S. 1112 es beim Zwang voraussetzt, gedroht; denn es stand in ihrer Wahl, die Verletzung der Rechte des Klägers, wenn nicht durch Unterzeichnung der neuen Urkunde, sofort dadurch wieder gut zu machen, daß sie ihm die, auf keinen Fall freiwillig ausgefolgte Urkunde zurückstellte und die Wiederherstellung der zerrissenen zugab.

Digitized by Google

Wenn die Beklagten demungeachtet nach einem Zwischenraume, der ihnen Zeit zu ruhiger Ueberlegung gewährte, vorgezogen haben, die neue Urkunde zu unterzeichnen, so darf wohl angenommen werden, daß sie das früher beanstandete Recht des Klägers nunmehr doch anerkennen wollten, nicht aber, daß sie der Einwirkung einer Drohung mit Zuchthausstrafe nachgegeben haben, welche überdies nach den Aussagen der auf Antrag der Beklagten vernommenen Zeugen nicht ausgesprochen worden ist.

Die in Frage stehende Einrede kann aber auch nach §. 526 der Pr.O. nicht Gegenstand einer Eideszuschiebung sein, weil der Gegenbeweis ihres Inhalts hinreichend dargethan ist, wie in den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz mit Recht anerkannt wurde.

Da hiernach der Versuch der Beklagten, die Urkunde vom 5. Februar 1865, durch welche die nach L.R.S. 1902 begründete Forderung nach L.R.S. 1322. 1337 vollbewiesen wird, zu beseitigen mißglückt ist, so mußte bestätigend erkannt und nach §. 170 der Pr.O. über den Kostenpunkt — wie geschehen — entschieden werden.

Red.

32.

Rechtsfall aus dem Gebiete des Handelsrechts.

Klage gegen einen sammtverbindlichen Gesellschafter bei eröffneter Gant gegen die Handelsgesellschaft. H.G.B. Art. 112 und 122. Einführungsgesetz Art. 34 und 35.

Klagbefugniß des Prokuraführers. H.G.B. Art. 41. 42 ff.

Wirkung des Verzichts einzelner Gesellschafter auf ein Guthaben der Gesellschaft. H.G.B. Art. 91 ff. 107. 108.

Die Lehre von den Handelsgesellschaften ist im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch besonders ausführlich und in vielen Punkten befriedigend geregelt. Gleichwohl fehlt es in diesem von jeher an Streitigkeiten fruchtbaren Gebiet keineswegs an mancherlei Streitfragen.

In Folge des bei der Berathung und Vereinbarung der gemeinsamen Handelsgesetzgebung vielfach, und namentlich in der fraglichen Lehre, hervorgetretenen Bestrebens, durch Vermeidung der Aufstellung und Durchführung scharf ausgeprägter Grundsätze im Sinne dieses oder jenes Systems abweichenden Grundanschauungen einen billigen Spielraum zu lassen und Gegensätze zu vermitteln, was schon in Bezug auf die Haupt- und Grundfrage über die Natur der Handelsgesellschaften [1]) deutlich bemerkbar erscheint, ist ein gewisses Schwanken in die ganze Lehre gekommen.

Der wichtige Grundsatz von der sammtverbindlichen Haftbarkeit der (persönlich haftenden) Gesellschafter ist im Art. 112 des H.G.B. in vollem Maaße [2]) anerkannt, allein für den Fall der Ganteröffnung gegen die Gesellschaft erscheint dessen Verwirklichung durch Art. 122 wesentlich beschränkt. [3])

Wie die Bestimmung dieses Art. 122, der einen Charakter der bezeichneten Art an der Stirne trägt und von Endemann in seinem Handelsrecht §. 38 Note 38 mit Recht zu den wenig befriedigenden Artikeln gezählt wird, bei dem Umstand, daß wesentliche Punkte der Bestimmung der Landesgesetzgebung überlassen wurden, in der Rechtsanwendung zu eigenthümlichen Schwierigkeiten und Mißständen führen kann, zeigt der hier mitzutheilende bei dem Oberhofgericht, abweichend von der

[1]) Sind die Handelsgesellschaften eigene Personen? juristische Personen, Körperschaften, Collectivpersonen? Vrgl. über diese bekannte Streitfrage Endemann, Handelsrecht §. 35 II. und §. 38, auch die in Note 10 zum ersteren und Note 9 zum letzteren Paragraphen genannten Schriftsteller, ferner v. Hahn, Commentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Vorbemerkungen zu Buch II. Titel 1 Abschnitt 3 §. 25—28 (S. 273), Ladenburg, Archiv für Handels- und Wechselrecht Bd. 10 S. 227, siehe auch Annalen, Bd. 25 S. 105. 144. 185. 337, Bd. 28 S. 204, Jahrbücher für badisches Recht Bd. 1 S. 91, Troplong, contrat de société Nro. 58—82.

Wenn die allgemeine deutsche Handelsgesetzgebung absichtlich und sorgsam sich gehütet hat, die Handelsgesellschaften ausdrücklich als eigene Persönlichkeiten anzuerkennen, so hat sie dagegen in den Art. 111—114 ff. 121. 122 eine Reihe von Sätzen angenommen, die aus dem Begriff der eigenen Persönlichkeit zu fließen und gerade für diesen Charakter die wesentlichen zu sein scheinen.

[2]) Die Sammtverbindlichkeit, welche im Allgemeinen und für die meisten Fälle wohl schon nach dem H.G.B. begründet erschiene, erstreckt sich auf jederlei Verbindlichkeiten, nicht blos auf Handelsgeschäfte, auch nicht blos auf Rechtsgeschäfte im eigentlichen Sinne, sondern auch auf unechte Handlungen, Vergehen, z. B. Steuervergehen; auch kann sie mit Wirkung gegen Dritte vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden. H.G.B. Art. 112 Abs. 2, Art. 113 Abs. 2.

Vrgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 112 §. 1 u. ff.

[3]) Vrgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 122 §§. 10. 11 und v. Krawel in Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 4 S. 45.

Digitized by Google

Ansicht des Appellationsgerichtes, entschiedene Rechtsfall, wobei zugleich einige andere bemerkenswerthe Fragen aus der erwähnten Lehre zur Erörterung kamen.

Die Gasfabrik in Nürnberg, eine aus mehreren Theilhabern bestehende Gesellschaft, hatte an die offene Handelsgesellschaft Graf und Comp. zu Nürnberg, welche von W. C. G. Graf und C. Scheltle gebildet wurde, laut Contocorrent ein unbestrittenes Guthaben für Lieferungen, Vorschüsse u. s. w. im Betrag von 7651 fl. 54 kr.

Am 24. September 1864 wurde gegen die schuldende Handelsgesellschaft Graf und Comp. zu Nürnberg die Gant eröffnet, wodurch dieselbe gemäß H.G.B. Art. 123 aufgelöst wurde.

Auf die Vorschrift des Art. 112 des H.G.B. wegen sammtverbindlicher (solidarischer) Haftung der Gesellschafter für jederlei Verbindlichkeiten der Gesellschaften sich stützend, nahm nun die zuerst genannte Gesellschaft, Gasfabrik Nürnberg, vertreten durch den mit dem Recht der Prokura betrauten Director des Gaswerks, G. A. Spielhagen, den Gesellschafter der in Gant gerathenen Gesellschaft Graf und Comp., C. Scheltle in Freiburg, seinem gesetzmäßigen Wohnsitz, in Bezug auf sein nicht zur Gantmasse gezogenes, im Großherzogthum Baden befessenes Privatvermögen wegen des erwähnten Guthabens sammt Zinsen in Anspruch, wenigstens insoweit, als dieses Guthaben in der noch im Laufe befindlichen Gesellschaftsgant in Ausfall kommen werde.

Bei dem Untergerichte erging ein dem klägerischen Anspruch in vollem Maaße Statt gebendes Urtheil, dagegen wurde von dem Appellationsgerichte auf Grund des vom Beklagten einwendend angerufenen Art. 122 des H.G.B. und Art. 34. 35 des badischen Einführungsgesetzes die Abweisung der Klägerin zur Zeit ausgesprochen.

Die hiegegen von derselben bei dem Oberhofgericht ausgeführte Beschwerde wurde aber von diesem Gerichtshofe für begründet erkannt und der Beklagte zur Bezahlung des eingeklagten Betrags sammt Zinsen an die Klägerin, insoweit dieselbe hiefür in der gegen die Handelsgesellschaft Graf und Comp. in Nürnberg eröffneten Gant keine Befriedigung erlange, verurtheilt.

Dabei ging der Gerichtshof in Auslegung und Anwendung der angeführten Gesetzesstellen (die thatsächlichen Verhältnisse waren im Wesentlichen zugestanden) von folgenden Erwägungen aus:

Das Handelsgesetzbuch enthält in Art. 112 den bereits erwähnten Hauptgrundsatz der solidarischen Haftung der Gesellschafter bei offenen Handelsgesellschaften. Dieser Grundsatz hat, so lange die Gesellschaft besteht, seine volle unbedingte Geltung. Nach Art. 281 ist selbst die Einrede der Theilung oder Vorausklage ausgeschlossen. [4])

Für den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch Ganteröffnung gegen dieselbe erleidet die volle Wirksamkeit des gedachten Grundsatzes allerdings dadurch eine gewisse Beschränkung, daß der Art. 122 des H.G.B. den bestimmten Ausspruch enthält, daß in solchem Falle die Gläubiger der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden und aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls, d. h. nur insoweit als sie aus dem Gesellschaftsvermögen und in der Gesellschaftsgant nicht zur Befriedigung gelangen, ihre Befriedigung suchen können.

Sowohl die Wortfassung des Art. 122 als die Vergleichung der bezüglichen Verhandlungen der Nürnberger Commission, wobei auch hier, sowie über die Natur der Handelsgesellschaften überhaupt, widerstreitende Ansichten hervortraten, lassen darüber keinen Zweifel, daß man die Absicht hatte, für einen solchen Fall das Recht der Geltendmachung des H.G.B. Art. 112 zu Gunsten der Privatgläubiger der Gesellschafter wesentlich zu beschränken.

In der Commissionssitzung vom 23. November 1860 (vergl. Protocoll der Sitzung DLI. vom genannten Tage S. 4525—4526) wurde auf Antrag einstimmig beschlossen, ausdrücklich zu bestimmen, daß die Gesellschaftsgläubiger in dem Concurs der einzelnen Gesellschafter nicht den ganzen Betrag ihrer Forderungen, sondern nur den bei Vertheilung des Gesellschaftsfonds ungedeckt gebliebenen Theil derselben zu liquidiren das Recht haben sollen.

Vrgl. auch v. Hahn, Commentar zum allgemeinen deutschen H.G.B. zu Art. 122 §. 10. 11.

---

[4]) Dieser Satz ist nicht blos aus Art. 281 abzuleiten, sondern durch den Beisatz „in allen Fällen, in welchen in diesem Gesetzbuch eine solidarische Verpflichtung auferlegt wird," direkt und klar darin ausgesprochen, wie auch v. Hahn, Commentar zu Art. 112 §. 4 gewiß mit Recht annimmt. Vrgl. dagegen die bei Endemann, Handelsrecht § 38 Note 45 angeführte Meinung von Kunze, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 6 S. 217 Note 40.

Digitized by Google

Thöl, Handelsrecht Bd. I. §. 39a, II. No. 4 (S. 236).

Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 4 S. 44. 45. [5])

Im Schlußsatz des Art. 122 des H.G.B. wurde den Landesgesetzen die Bestimmung darüber vorbehalten, ob und inwieweit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zusteht.

Von diesem Vorbehalt hat die badische Gesetzgebung nach dem Vorgang mehrerer anderer deutschen Gesetzgebungen im Art. 35 in Verbindung mit 34 des Einführungsgesetzes vom 6. August 1862 einen weitgehenden Gebrauch gemacht [6]), sie hat den Privatgläubigern das Recht gewährt, sich zunächst und vorzugsweise aus dem Privatvermögen bezahlt zu machen (Art. 35 Abs. 2) und überdies vorgeschrieben, daß im Falle der Ganteröffnung gegen eine Handelsgesellschaft zugleich auch über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters die Gant zu eröffnen ist. (Art. 34 Abs. 2.) In dieser letzteren Gant können dann die Gläubiger der Gesellschaft wegen des ihnen drohenden Ausfalls ihre Forderungen gleichzeitig anmelden, gelangen aber erst nach allen Privatgläubigern zu Befriedigung. (Art. 35 Abs. 3.)

Der erwähnten Bestimmung des Art. 34 Abs. 2, die Ganteröffnung über das Privatvermögen der Gesellschafter betreffend, liegt, wie aus der Begründung der großh. Regierung zum Entwurf des Einführungsgesetzes Art. 32.

[5]) Vergl. auch Endemann, Handelsrecht §. 38, IV.

[6]) Aehnliche Bestimmungen wie das badische Einführungsgesetz haben zum Theil auch die anderen Landesgesetzgebungen in ihren Einführungsgesetzen getroffen. Ein Absonderungsrecht der Privatgläubiger in Bezug auf das Privatvermögen, nach Muster der hamburgischen Fallitenordnung, haben jedoch nur wenige anerkannt.

Hahn, Commentar zu Art. 122 §. 19 tadelt Jenes als eine offenbare Inconsequenz, bemerkt sogar in §. 20, ebenso gerechtfertigt wäre die Bestimmung, daß dem chirographischen Gläubiger ein Absonderungsrecht in Bezug auf die nichtverpfändeten Vermögensstücke des Cridars gegenüber den Pfandgläubigern zustehen solle. Diese Meinung geht aber in letzterer Hinsicht jedenfalls zu weit. Man vergleiche dagegen den Commissionsbericht der ersten Kammer zum Art. 33 des Entwurfs von Jolly, welcher sich hauptsächlich auf zwei praktische Gründe beruft, die unverkennbare Billigkeit und die Interessen des kaufmännischen Credits selbst. Bedenklich hält dieses Absonderungsrecht auch v. Kräwel a. a. O. in Busch's Archiv Bd. 4 S. 48.

33 S. 17. 18 der Beilage No. 21 zum Protokoll der Sitzung der ersten Kammer vom 10. Dezember 1861 zu entnehmen ist, die allgemeine Unterstellung zu Grunde, daß eine Gesellschaft, bei welcher persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind, nicht zahlungsunvermögend werden könne, so lange es nicht auch diese seien, und daß eine solche Bestimmung die persönlich haftenden Gesellschafter veranlassen werde, die Zahlungseinstellung der Gesellschaft so lange zu verhindern, als ihr Privatvermögen ihnen Zahlungsmittel biete [7]).

Die fragliche Unterstellung erscheint nun allerdings für die meisten Fälle, oder doch für viele begründet, allein doch nicht für alle, in so fern in besonderen Fällen Gründe vorhanden sein können, welche den zahlungsfähigen Gesellschafter abhalten, durch Zuschuß aus seinem Privatvermögen die Ueberschuldung der Gesellschaft zu decken.

Hahn, Commentar a. a. O. zu Art. 122 §. 12 bis 14 [8]).

Ueberdies geht die mehrerwähnte Bestimmung wegen gleichzeitiger Ganteröffnung über das Privatvermögen sowohl nach ihrer Fassung („gleichzeitig"), als auch nach ihrem Grundgedanken von der weitern Voraussetzung aus, daß das nämliche Gantgericht die Ganteröffnung in beiden Richtungen ausspreche, oder wenigstens im Gantverfahren in beiden Richtungen Platz greife.

Diese Voraussetzung trifft nun in dem vorliegenden Falle nicht zu, indem die Gant gegen die Gesellschaft im Königreich Bayern eröffnet wurde, die gleichzeitige Eröffnung der Gant gegen den Beklagten als Gesellschafter aber nicht erfolgte, was sich dadurch erklärt, daß der Art. 44 des königl. bayerischen Einführungsgesetzes vom 10. November 1861 zwar auch die gleichzeitige Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters vorschreibt, dieselbe jedoch vom Antrag der Gesellschaftsgläubiger oder doch

[7]) Die Motive zum preußischen Entwurf des Handelsgesetzbuchs bemerken in dieser Hinsicht (S. 509), nach kaufmännischer Auffassung lege der solidarisch haftbare Gesellschafter, der seine Gesellschaft die Zahlungen einstellen lasse, dadurch seine eigene Zahlungsunfähigkeit an den Tag

Man vergleiche über die bezüglichen zwei verschiedenen Systeme Endemann, §. 46 Note 20 und 22, so auch Troplong, contrat de société No. 74. 75; Pardessus, droit commercial No. 976. 1061.

[8]) Vergl. Troplong an dem in der vorigen Note bezeichneten Orte.

Digitized by Google

Eines derselben abhängig macht[9]), und daß ein solcher Antrag wahrscheinlich aus Gründen, wie die oben angedeuteten, nicht erfolgt ist. Auch im Großherzogthum Baden, wo der Beklagte seinen Wohnsitz im Sinne des Gesetzes hat, wurde ein solcher Antrag nicht gestellt.

Durch diese eigenthümliche Gestaltung der Sache kann aber, das im Art. 112 und 122 begründete Recht der Klägerin nicht ganz oder auf unbestimmt lange Zeit gehemmt und vereitelt werden, und zwar um so weniger, als durch den Abs. 3 des Art. 35 in Verbindung mit Abs. 2 des Art. 34 des bad. Einf.G. gerade die in Folge des Art. 122 möglicherweise für die Gesellschaftsgläubiger sich ergebenden Mißstände billig ausgeglichen werden sollten[10]).

Es entspricht daher gewiß mehr der Absicht der bad. Gesetzgebung, der Klägerin, obwohl der vorgesehene regelmäßige Fall des mehrerwähnten Abs. 3 des Art 35 des Einführungsgesetzes buchstäblich genommen, nicht vorliegt, bei solcher Sachlage ein der Bestimmung und dem Zweck dieser Gesetzesvorschrift entsprechendes Recht analog zu gestatten, ohne ihr die vielleicht gar nicht ausführbare und nicht im Interesse der Nächstbetheiligten selbst liegende vorgängige Erwirkung der Ganteröffnung über das Privatvermögen des Beklagten zuzumuthen.

Daß der fragliche Ausfall in der Gesellschaftsgant seinem Betrag nach erst noch näher festzustellen und in so weit zur Zeit nur ein drohender ist, kann der Zulassung des kläger'schen Anspruchs, unter der im Gesetz selbst (H.G.B. Art.122) vorgezeichneten Maßbeschränkung, nicht im Wege stehen. Auch in andern Fällen von gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit, wie z. B. bei der Klage des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Schadloshaltung (L.R.S. 2032) läßt das Gesetz derartige Klagen zur Sicherung des bedrohten Berechtigten ausnahmsweise zu. Vrgl. auch L.R.S. 2213, sowie die Vorschrift des §. 256 der Pr.O. über Klagen auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen auch vor erfolgtem Eintritt einer Rechtsverletzung. Es hat aber die Klägerin unverkennbar ein rechtliches Interesse, eine alsbaldige Entscheidung über ihren Anspruch zu verlangen.

Die Ansicht des Obergerichts, wonach die Klägerin wegen noch nicht eröffneter Gant über das Privatvermögen des Beklagten zur Zeit abgewiesen wird, erscheint demnach nicht gerechtfertigt.

Außer dem bisher erörterten Haupteinwand hatte der Beklagte noch eine weitere Einrede hinsichtlich der sachlichen Ermächtigung des klagenden Theils zur Beanspruchung des ganzen eingeklagten Guthabens vorgeschützt.

In Bezug auf diese fernere Einrede sprechen sich die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe dahin aus:

Was sodann die Einrede des Beklagten betrifft, daß von den Theilhabern der klagenden Fabrik die Wittwe Luise Spreng, zugleich als Vormünderin ihrer Kinder, und Gasdirektor Albert Spreng auf ihre Antheile an dem fraglichen Guthaben Verzicht geleistet hätten, daher nur Gasdirektor Joseph Maier's Wittwe, jetzt Hauptmann Ehehalt's Ehefrau und deren Kinder als Kläger zu betrachten seien, so kann dieser Einwand die theilweise Verwerfung der Klage in der begehrten Weise nicht begründen.

Als Prokuraträger erscheint der Direktor G. A. Spielhagen gemäß Art. 41. 42 u. ff.[11]) des H.-G.B. unzweifelhaft ermächtigt, die angestellte Klage im Namen der Gesellschaft zu erheben.

Vrgl. Art. 99—104.

Wenn nun auch im Allgemeinen das Recht der einzelnen Gesellschafter, über ihre Antheile am Gesellschaftsvermögen zu verfügen, nicht zu bestreiten ist, und auch erworbene Forderungen, wie erworbene Sachen der Gesellschaft, den Gesellschaftern gemeinsam zufallen[12]), und

---

[9]) Es ist dieses, wie sich hier zeigt, ein nicht unwesentlicher Unterschied.

[10]) In der obenangeführten Begründung der Regierung zum Entwurf des Einführungsgesetzes Art. 32. 33 wird gesagt, die Bestimmung, daß die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nicht unmittelbare und vollständige Befriedigung suchen können, sondern nur Deckung des in der Gesellschaftsgant erlittenen Ausfalls, vertrage sich mit dem Recht dieser Gläubiger nur bei der Annahme, daß die Gant über das Vermögen der Gesellschaft stets mit der Gant über das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter verbunden sei.

[11]) Vrgl. hiezu Busch, Archiv des Handelsrechts Bd. 1 S. 43 ff. S. 50. 51. Endemann, Handelsrecht §. 28.

[12]) Hiemit ist aber die Auffassung von Endemann, Handelsrecht §. 42 II. zu vergleichen. Geht man von der Ansicht aus, daß die Handelsgesellschaft (in dieser oder jener Auffassungsweise, sei es auch im beschränktesten Sinne) eine eigene rechtliche Persönlichkeit bilde, so muß man die Gesellschaft als eigenthums- und forderungsberechtigt ansehen, nicht die Gesellschafter, wie v. Hahn, Commentar a. a. O. Vorbemerkungen zu Buch III. Tit. 1 Abschn. 3 §. 3 (S. 262). Diese Auffassung der Gesellschaft scheint mehr der Ausdrucksweise des H.G.B. selbst, Art. 111 ff., zu entsprechen und die natürlichere zu sein, wie man aus Hahn's weiteren Erörterungen S. 263—271 zum Theil selbst entnehmen kann. Vergl

Digitized by Google

erstere sogar an sich als kraft Gesetzes zwischen denselben getheilt betrachtet werden können,

(Hahn, a. a. O. Vorbemerkungen zu Art. 110 bis 122 §. 3),

so kommt doch in Bezug auf die Geltendmachung der behaupteten Verzichte in der vorliegenden Klagesache in Betracht, daß zur Zeit, vor bewirkter bezüglicher Auseinandersetzung, jeder sichere Nachweis darüber fehlt, welcher Antheil den betreffenden Gesellschaftern überhaupt gebührt und in wie weit sie befugt sein konnten, durch Verzichtleistung in unentgeldlicher Weise und zu offenbarer Verringerung des Gesellschaftsvermögens, über die fragliche Gesellschaftsforderung — wirksam zu verfügen.

Vrgl. die Bestimmungen der Art. 90. 94. 107 und 108 des H.G.B.[13]).

Von entscheidender Bedeutung ist namentlich der zuletzt angeführte Art. 108, wonach ein Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seine Einlage oder seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen nicht vermindern darf. Hier handelt es sich unverkennbar um eine sehr wesentliche Verminderung des Antheils der betreffenden Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, während eine Einwilligung der übrigen Gesellschafter nicht behauptet wurde und nicht vorliegt.

Vrgl. Hahn, a. a. O. Vorbemerkungen zu Art. 110 bis 122, §. 5 bis 12 §. 14 ff., insbesondere §. 26 bis 28.

Thöl, Handelsrecht §. 38. 39a. II., siehe auch §. 33[6, 14]).

Erscheint hiernach die Einrede des Beklagten unter den gegebenen Verhältnissen nicht gehörig begründet und unwirksam, so rechtfertigt sich (vorbehaltlich des Rechts des Beklagten, den fraglichen Verzicht nach Feststellung der Antheile der verzichtenden Gesellschaftstheilhaber zu geeigneter Zeit und am geeigneten Orte weiter geltend zu machen, soweit er damit durchzukommen vermag) die Verurtheilung des Beklagten mit der durch die Bestimmung des Art. 122 des H.G.B. gebotenen Maßbeschränkung.

E. Brauer.

hiemit Troplong, contrat de société Nro. 58 ff. Indem derselbe die Gesellschaft entschieden als ein corps moral (être moral, personne moral) anerkennt, erinnert er in Nro. 70 daran, man solle, eingedenk des Umstandes, daß diese personne metaphysique immerhin nur eine rechtliche fiction sei, den Begriff in seiner Anwendung nicht auf die äußerste Spitze treiben.

[13]) Vrgl. auch Art. 98 Abs. 2 und Art. 131.

[14]) Siehe ferner Endemann, Handelsrecht §. 38, III. A., §. 40, VII., §. 42. In der Note 13 zum letzteren Paragraphen hebt derselbe hervor, der Einzelne könne nach der heutigen Idee der Gesellschaft sicher nicht als Miteigenthümer über die einzelnen Sachen verfügen.

33.

Stillschweigende Erlassung der Einwerfungspflicht.

L.R.S. 843. 919.

Die Beurkundung einer Zahlung beweist da, wo die Voraussetzungen der Wettschlagung vorliegen, nicht nothwendig und ausschließlich die baare Leistung der Zahlung.

In Sachen

der Ehefrau des Nepomuk Stocker von Bonndorf, Anna Maria geborene Welte, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

Joseph, Johann, Johann Baptist Welte von Göschweiler, Beklagte, — jetzt blos Joseph Welte, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Theilung betreffend,

hatte die Klägerin, als Miterbin, gegen ihren Bruder, als Miterben eine Klage auf Einwerfung einer aus der Vermögensübergabe vom Jahr 1847 herrührenden Schuld von 5000 fl., welche der Beklagte an die gemeinschaftliche, am 8. Dezember 1863 verstorbene Erblasserin zu zahlen hatte, — erhoben. Dieser Klage wurde vom Beklagten die Einrede entgegen gehalten, daß jene Schuld schon bei Lebzeiten der Erblasserin durch verschiedene Erlöschungsarten bis auf den unter die Erben zur Vertheilung gekommenen Betrag von 280 fl. getilgt worden ist.

Bezüglich einiger, vom Beklagten in Aufrechnung gebrachten, Posten hatten beide Parteien anerkannt, daß die formell gültigen öffentlichen Urkunden, soweit sie Baarzahlungen des Beklagten an die Wittwe Welte beurkunden, Schenkungen verschleiere, — und der Beklagte hatte geltend gemacht, daß ihm die Schenkungen mit Entbindung von der Einwerfung zugewendet worden sind.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 11.

(Schluß von Art. 33.)

Hierüber ist in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 29. Januar 1867 gesagt:

„Zunächst kommt in Betracht, daß die L.R.S.S. 843. 919 nicht vorschreiben, daß, wenn eine Erlassung der Einwerfung verfügt werden will, der Erblasser sich einer der Formeln „im Voraus," "außer dem Erbtheil," „mit Entbindung von der Einwerfung," oder „als eine Aufbesserung des gesetzlichen Erbtheils" zu bedienen habe; nach der allgemein angenommenen Ansicht genügt es vielmehr, wenn eine Erklärung des Erblassers vorhanden ist, welche in Verbindung mit den vorliegenden Umständen seinen Willen, von der Einwerfung zu befreien, unzweifelhaft erkennen läßt.

Wenn hiernach nun auch nicht jede verschleierte Schenkung schon an sich von der Einwerfung befreit, indem die Einkleidung der Schenkung in ein belastendes Geschäft vom Erblasser aus verschiedenen andern Gründen, als um dem Beschenkten die Einwerfung zu erlassen, gewählt werden kann, — so muß diese Befreiung doch alsdann eintreten, wenn die Verfügungen und Erklärungen des Erblassers so beschaffen sind, daß dessen Absicht, die Einwerfung zu erlassen, auf klare Weise an den Tag tritt. — Diese Absicht ist im vorliegenden Falle außer Zweifel.

Schon der Umstand, daß die Erblasserin dem Beklagten, ihrem Sohne, eine Schuld, die er an sie zu entrichten hatte, nachließ und ihn dadurch von einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit befreite, erzeugt die Vermuthung, daß es von ihrer Seite in der Absicht der Entbindung von der Einwerfung geschehen ist, da andernfalls der Schuldnachlaß insofern wirkungslos wäre, als der Beklagte, was ihm auf der einen Seite nachgelassen worden, andererseits einwerfen müßte. Hier deutet daher schon die Ausstellung von Quittungen, also die Wahl einer Form, welche sonst nicht zur Einwerfung verpflichtet, und welche Mutter und Sohn so darstellt, als ob Jene an ihrem Vermögen nichts eingebüßt, und als ob dieser keine besondere Vortheile erworben hätte, — die Absicht der Erblasserin an, die Einwerfung zu erlassen. —

Es steht aber die Thatsache der Ausstellung dieser Quittungen nicht für sich allein, sondern hiezu kommt noch der Inhalt der öffentlichen Urkunde vom 12. Juli 1859, vom 2. Juli 1862, vom 7. Dezember 1863 und des öffentlichen Testaments vom 7. Dezember 1863, wonach die Erblasserin zu verschiedenen Zeiten gleichmäßig anerkannt hat, daß sie an den Beklagten aus der Vermögensübergabe vom Jahr 1847 nur noch ein Kapital von 280 fl. zu fordern habe, über welche Summe sie sodann letztwillige Verfügungen trifft. Durch alle diese Erklärungen hat sie nicht nur entschieden die früher über den übrigen Theil ihres Guthabens ausgestellten Quittungen, wodurch sie diesen Theil schenkungsweise dem Beklagten zugewendet hat, bestätigt, sondern auch auf unzweideutige Weise zu erkennen gegeben, daß der Mehrbetrag ihrer Forderung unter ihre Erben nicht zur Vertheilung kommen und vom Beklagten somit nicht eingeworfen werden soll, da andernfalls, wenn eine gleichheitliche Vertheilung der bereits verschenkten Beträge unter sämmtliche Erben stattfinden würde, dem im Testamente ausgesprochenen und auch in den ältern Urkunden kund gegebenen Willen der Erblasserin, welche danach nur die Summe von 280 fl. zur Vertheilung unter die Erben gelangen lassen, dagegen den Mehrbetrag ihrer ursprünglichen Forderung als getilgt betrachtet wissen wollte, jede Wirkung entzogen würde.

Wenn hiernach vom Beklagten nachgewiesen ist, daß er von der Einwerfung der geschenkten Beträge befreit wurde, so versteht sich übrigens von selbst, daß diese Befreiung insofern keine Wirkung hat, als die Klägerin durch die Schenkungen in ihrem Pflichttheile verletzt worden sein sollte, so daß ihr immer noch die Minderungsklage wegen Pflichttheilsverletzung, wenn sie deren thatsächliche Voraussetzungen nachzuweisen im Stande ist, zustehen würde."

Ferner brachte der Beklagte den Betrag von 795 fl. 5 kr. in Aufrechnung, indem er behauptete, daß er in diesem Betrage eine Abschlagszahlung

Digitized by Google

durch Abtretung von zwei Forderungen geleistet habe, mit andern Worten, daß die Abtretung an Zahlungsstatt geschehen sei. Das großh Oberhofgericht sprach in den Entscheidungsgründen aus, daß der Beklagte in Folge der Beweisauflage des Unterrichters seine Behauptung rechtsgenügend nachgewiesen habe.

Es ist in dieser Beziehung ausgeführt:

„Schon die Cessionsurkunde vom 22. Februar 1854 macht in hohem Grade wahrscheinlich, daß die Abtretung in der That an Zahlungsstatt erfolgt ist. Durch die ausgeführte Rechtsübertragung stunden sich die Forderung der Wittwe Welte, die sie aus der Vermögensübergabe an ihren Sohn noch zu machen hatte, und die Gegenforderung dieses Sohnes, die ihm aus der Cession an seine Mutter erwuchs, gegenüber, und es ist daher ohne besondere Gründe, welche hier nicht vorliegen, nicht anzunehmen, daß die Wittwe für die erworbenen Forderungen den Cessionspreis baar bezahlen werde und bezahlt habe, während sie an den Cedenten noch eine Forderung in weit höherem Betrage anzusprechen hatte, sondern die natürlichste und zunächst liegende Art und Weise der Behandlung der beiderseitigen Ansprüche, sowie die kraft Gesetzes eintretende Wirkung ist die Wettschlagung. Wenn auch in der Urkunde von einer Ausbezahlung des Kaufpreises der cedirten Forderungen die Rede ist, so ist darunter eine Zahlung im weiteren Sinne, nämlich die Erfüllung oder Tilgung einer Verbindlichkeit zu verstehen, geschehe sie auf was immer für eine Weise.

Wenn nun die, zwei Monate später abgefaßte, öffentliche Urkunde vom 22. April in der That besagt, daß der Beklagte durch die fragliche Cession deren Betrag an seiner aus der Vermögensübergabe herrührenden Schuld von 5000 fl. abgetragen habe, so liegt hierin die Bestätigung und der Beweis, daß die Tilgung der Schuld des Beklagten im bezeichneten Betrage nicht durch Baarzahlung, sondern durch Wettschlagung eingetreten ist. Es erscheint hiernach die zur Einwerfung eingeklagte Schuld des Beklagten im Betrage der cedirten Forderungen nicht durch Nachlaß, sondern durch Entrichtung einer Gegenleistung getilgt.

Sollte bezüglich der abgetretenen Forderung von 200 fl. das Miteigenthumsrecht, welches der Wittwe Welte ausweislich des Liquiderkenntnisses vom 21. Dezember 1853 daran zustand, zur Zeit der Cession noch fortgedauert und dieselbe hiernach wissentlich eine zum Theil eigene Sache angekauft haben, so läge hierin in Verbindung mit der Gestattung, daß der Beklagte dessenungeachtet den ganzen Betrag derselben an seiner Schuld in Abrechnung bringen dürfe, unter den übrigen schon hervorgehobenen Umständen jedenfalls die Zuwendung einer weitern Freigebigkeit mit der Erlassung der Einwerfungspflicht.“ ꝛc. Red.

34.

Gegenbeweis gegen eine Faustpfandvertragsurkunde durch Correspondenz.

L.R.S. 1156.

Gegenstand der Klage aus dem Auftragsvertrag.

L.R.S.S. 1991. 1992. 1993.

In der Streitsache des Weinhändlers Christian Schlecht in Bretten, Klägers, Appellaten, Oberappellaten gegen die Gebrüder Leipheimer in Mannheim, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten wurde durch Urtheil der Civilkammer I. des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 21. October 1865 No. 1884 ausgesprochen:

„Die Beklagten seien schuldig, drei americanische Staatsobligationen von je 1000 Dollars, verzinslich zu 6 pCt., vom Jahre 1882, gegen Einlösung des Solawechsels von 1200 fl. binnen 8 Tagen sammt den Coupons dem Kläger bei Zwangsvermeiden herauszugeben, und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen;“

auf von beklagten Theilen hiegegen ergriffene Berufung durch Urtheil des Appellationssenates gedachten Gerichtshofes vom 19. Februar 1866, No. 725, bestätigt, auf die von demselben Theile ergriffene Oberberufung aber vom großh. Oberhofgerichte unter dem 27. September 1866, No. 1937, dahin abgeändert:

„daß die erhobene Klage abzuweisen und der Kläger in die Kosten aller drei Instanzen zu verfällen sei.“

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche das Thatsächliche des Falles, soweit nöthig, enthalten, lauten, wie folgt:

„Die Klage behauptet, Kläger habe am 14. October 1864 drei sechsprozentige americanische Staatspapiere zu je 1000 Dollars an Beklagte für ein von ihnen empfangenes Darleben von 3000 fl. als Faustpfand hingegeben, und begehrt, da Kläger 1800 fl. an gedach-

Digitized by Google

tem Darlehen bereits abbezahlt und die noch ausstehenden 1200 fl. abzutragen sich bereit erklärt habe, da aber nichts destoweniger die Rückgabe der Werthpapiere von den Beklagten verweigert werde, diese letzteren zu solcher Rückgabe gegen Zahlung der erwähnten 1200 fl. zu verurtheilen."

„Die Beklagten entgegnen unter Berufung auf die zwischen ihnen und dem Kläger geführte Correspondenz und eine vom Kläger in der Untersuchungssache gegen die vormaligen Banquiers Rosenfeld und Levi zu Mannheim wegen Zahlungsflüchtigkeit unter dem 20. Mai 1865 zu Protokoll abgegebene Zeugenaussage, daß die faustpfändliche Hinterlegung der fraglichen Staatspapiere, sowie die Darlehensaufnahme nicht bei ihnen, sondern bei den gedachten Rosenfeld und Levi geschehen sei, daß sie zwar in diesem Geschäfte aus Gefälligkeit im Interesse Klägers als Vermittler aufgetreten, auch den genannten Banquiers gegenüber für die Erfüllung der vom Kläger übernommenen Verbindlichkeiten eingestanden seien, daß aber bei solcher Sachlage eine Klage auf Rückgabe der Werthpapiere nur gegen Rosenfeld und Levi, keineswegs aber gegen sie, gerichtet werden könne."

„Die Gerichte der vordern Rechtszüge fanden den vollen Beweis der Klagbehauptung in einer Urkunde vom 14. October 1864, in welcher die Beklagten die mehrerwähnten Staatspapiere vom Kläger empfangen zu haben bescheinigten, auch solche nach Berichtigung eines, klägerischer Seits auf die Summe von 3000 fl. ausgestellten Solawechsels zurückzuliefern versprachen, und verurtheilten daraufhin dem Klagbegehren gemäß."

„Die Beklagten erachten sich durch diesen Spruch für beschwert, indem sie geltend machen, daß, wie die ihrerseits angerufenen Urkunden auf das Klarste ergäben, die Urkunde vom 14. October 1864 ausschließlich in dem Begehren der Banquiers Rosenfeld und Levi, ihrerseits nur mit den ihnen bekannten Beklagten, nicht aber mit dem ihnen unbekannten Kläger in Geschäftsverbindung zu treten und jedenfalls durch die ersteren gedeckt zu sein, ihren Grund gehabt, an dem zwischen ihnen und dem Kläger bestehenden Rechtsverhältnisse aber, mithin an der Stellung, die sie als Vermittler und Bürgen eingenommen hätten, nichts zu ändern vermocht habe."

„Die Beschwerde ist begründet."

„Die Correspondenz zwischen beiden Theilen, welche sich indessen nicht allein auf das jetzt in Frage stehende Rechtsgeschäft, sondern auch auf ein demselben vorangegangenes, ähnliches und deßhalb auch jetzt zu beachtendes Rechtsgeschäft der Aufnahme eines Darlehens von 1500 fl. gegen faustpfändliche Hinterlegung von americanischen Staatspapieren im Werthe von 1500 Dollars bezieht, ergibt nämlich Folgendes:"

„Unter dem 3. Januar 1864 richtete Kläger an die Beklagten das Ersuchen, sich zu erkundigen, wo auf americanische Staatspapiere im Werthe von 1500 Dollars ein Darlehen in thunlichster Höhe zu erhalten sei. Die Beklagten antworteten (4. Januar 1864), es sei auf das gedachte Pfand gegen 5 pCt. Zinsen und 1/3 tel pCt. Provision ein Darlehen von 2000 fl. zu erhalten, und sie seien bereit, dem Kläger bei einem etwa abzuschließenden Geschäfte an die Hand zu gehen. Kläger erklärte (15. Januar 1864), daß ihm das Darlehen zu gering, Zinsen und Provision zu hoch schienen, lehnte somit das in Aussicht gestellte Geschäft ab, fügte indessen bei, daß er, „„falls Beklagte etwas erführen, was seinen Wünschen entspreche, jederzeit die 1500 Dollars (in Staatspapieren) gegen ein Anlehen als Pfand hinzugeben bereit sei."" Aus einem Schreiben der Beklagten vom 22. März 1864 ergibt sich, daß Kläger kurz vor diesem Tage behufs der Aufnahme eines Darlehens gegen Faustpfand persönlich in Mannheim anwesend war. Die Beklagten berichten ihm in diesem Schreiben, daß sie, wie ein beiliegender Schein zeige, auf die 1500 Dollars in Staatspapieren ein Darlehen von 1500 fl. gegen 5 pCt. Zinsen und 1/3 tel pCt. Commission erhalten hätten, welches sie nach Abzug der sofort zu entrichtenden 1/4 tel jährigen Zinsen und der Provision theils baar anschlössen, theils zur Verfügung hielten. Sie bemerken dabei, Kläger möge den als beiliegend erwähnten Schein der Rosenfeld und Levi, da er auf ihren, des Beklagten, Namen laute, rücksenden, dagegen den ihm von ihnen bei seiner Anwesenheit in Mannheim ausgestellten Schein bei Handen behalten. Unter dem 7. April 1864 spricht Kläger die Erwartung aus, Beklagte würden vielleicht Gelegenheit haben, wenn die Frist, auf welche das Darlehen beim Banquier aufgenommen worden, abgelaufen sei, die Papiere zu billigeren Bedingungen bei einem Privatmann zu hinterlegen. Unter dem 13. April 1864 erklärten sich die Beklagten bereit, zu forschen, ob sie nicht ein höheres Darlehen zu billigerem Zinsfuße zu erhalten vermöchten. Bei Herannahen des Verfalltages des Dar-

Digitized by Google

lehens von 1500 fl. zeigten mit Schreiben vom 3. Juni 1864 die Beklagten dem Kläger an, es sei schwer auf americanische Papiere ein Darlehen bei einem Privatmanne zu erhalten, dagegen sei es ihnen gelungen, den betreffenden Banquier dazu zu bestimmen, daß derselbe nun 2000 fl. auf das betreffende Pfand darzuleihen bereit sei, und verlangten Mittheilung darüber, ob Kläger seine Papiere zurückzunehmen, oder einen weiteren und welchen Vorschuß darauf zu erhalten wünsche. Kläger entgegnete (14. Juni 1864), er sei zur Zeit nicht in der Lage, diese Frage zu beantworten „„vielleicht komme es dem Banquier nicht darauf an, wenn er, Kläger, das Geld 10 Tage später bringe, und die Zinsen bis dorthin nebst der verhältnißmäßigen Provision bezahle."" Am 19. Juni 1864 schrieb Kläger weiter, er werde am 22. desselben Monats bei den Beklagten erscheinen, um die Sache mit dem Banquier, bei dem er die Papiere noch weitere drei Monate liegen zu lassen gedenke, abzumachen. Mit Schreiben vom 5. September 1864 sendete Kläger 31 fl. 40 kr. zur Zinsenzahlung. Das Schreiben besagt ferner, Kläger werde americanische Staatspapiere im Werthe von 5000 Dollars erhalten, und es werde ihm lieb sein, wenn er auch hierauf ein Darlehen haben könne. Es schließt mit den Worten: „„Bei dieser Gelegenheit könnten Sie sich auch die 3 Coupons abschneiden lassen, es wird dem Banquier gleich sein, ob sie 4 Wochen früher oder später abgeschnitten werden, ich habe manchmal Gelegenheit, sie gut anzubringen."" Am 13. Septbr. 1864 theilten die Beklagten dem Kläger unter Anschluß des Coupons mit, daß der Banquier nunmehr, neben Provision von ⅓tel pCt., 6 pCt. Zinsen verlange, und daß sie einer Erklärung darüber entgegensähen, ob der Kläger das Geld unter den angegebenen Bedingungen für ein weiteres Vierteljahr behalten wolle. Hinsichtlich des Wunsches des Klägers, ein weiteres Darlehen zu erhalten, bemerkten die Beklagten, daß auf 5000 Dollars americanische Staatspapiere von dem Banquier dermalen höchstens 3000 fl. zu bekommen seien. Mit Brief vom 17. September 1864 sendete Kläger die 5 fl., die „„der Banquier (als Zinserhöhung) noch mehr fordere."" Die Beklagten erklärten ihm dagegen unter dem 23. September 1864, daß sie seinem Wunsche gemäß Tags zuvor an den betreffenden Banquier 36 fl. 40 kr. für ihn (Kläger) vergütet hätten, und daß damit die auf die Papiere im Werthe von 1500 Dollars entliehenen 2000 fl. neuerdings bis zum 22. Dezember 1864 prolongirt seien. Der Zinsfuß, fuhren die Beklagten fort, „„sei allerdings ein hoher, sie blieben bemüht, ob sie auf die weiter als Faustpfand hinzugebenden Papiere ein besseres Offert bekämen."" — Ein Schreiben des Klägers vom 4. Dezember 1864 ersucht die Beklagten, beiliegende 600 fl. an die Banquiers Rosenfeld und Levi zu geben. Die Beklagten antworteten hierauf (15. Dezember 1864), daß sie diese Summe den besagten Banquiers für Klägers Rechnung zugestellt hätten. Auf die briefliche Erklärung Klägers (16. Dezember 1864), Beklagte sollten die 600 fl. an den 2000 fl. abgehen lassen, wogegen er, Kläger, das Weitere wieder drei Monate stehen lassen müsse, entgegneten die Beklagten, hiernach handeln zu wollen, indem sie jedoch beifügten: „„Wie wir mit dem Banquier bei der weiteren Prolongation abkommen, können wir heute noch nicht bestimmen, doch wollen Sie versichert sein, daß wir Ihr Interesse dabei auf das Beste wahren werden."" Hieran anknüpfend schreiben die Beklagten am 22. Dezember 1864, Rosenfeld und Levi seien nicht mehr zu bestimmen gewesen, die Prolongation der 2000 fl. unter den bisherigen Bedingungen einzugehen, dagegen sei es ihnen, den Beklagten, gelungen, dem Kläger das Geld von anderer Seite billiger, nämlich zu 5½ pCt. Zinsen und ⅛tel pCt. Provision auf ein weiteres Vierteljahr zu beschaffen."

„In Betreff des vom Kläger gewünschten weiteren Darlehens schrieb derselbe in Erwiderung auf das oben angeführte Schreiben der Beklagten vom 23. September 1864 diesen unter dem 27. desselben Mts., er hoffe an einem der folgenden Tage selbst nach Mannheim zu kommen, und werde americanische Staatspapiere im Betrage von 3000 Dollars mitbringen, um beim Banquier Geld darauf zu erhalten; „„einstweilen sage er den Beklagten seinen Dank für deren Besorgung der fraglichen Angelegenheit."" — Der oben schon erwähnte Brief Klägers vom 4. Dezember 1864 läßt ersehen, daß das beabsichtigte Geschäft durch Aufnahme eines größeren, die Summe des ersten übersteigenden, Darlehens, zu Stande gekommen war; denn hier kündigt Kläger bei Uebersendung der von Rosenfeld und Levi abzugebenden 600 fl. an, daß er in etwa 10 Tagen weitere 3000 fl. abbezahlen werde. Die Beklagten erwiderten (5. Dezember 1864) mit Anzeige der Zustellung jener 600 fl. an Rosenfeld und Levi, daß diese letzteren „„weiter folgende Rückzahlungen ebenso anzunehmen bereit seien.""

Digitized by Google

Am 12. Januar 1865 schrieb der Kläger, am 14. desselben Monats müsse das Capital von 3000 fl. wieder prolongirt werden, er ersuche die Beklagten, die Sache zu besorgen, damit er sich nicht nach Mannheim begeben müsse, er übersende 266 fl. baar und 40 Dollars in Coupons, welche um möglichst guten Preis an einen Banquier abzugeben seien, es könne dann die Summe von 300 fl. am Capital nebst Zinsen und Provision für ein Vierteljahr abgetragen werden. „„Bekommen Sie — heißt es dann weiter — das Capital bei einem anderen Banquier billiger, so nehmen Sie es bei einem anderen, machen Sie, so gut Sie können.““ Am 16. Januar 1865 antworteten die Beklagten dahin, 300 fl hätten sie bei Rosenfeld und Levi an den 3000 fl. abbezahlt, den Rest von 2700 fl. für drei Monate prolongirt; trotz aller Vorstellungen sei ein billigerer Zinsfuß von Rosenfeld und Levi nicht zu erlangen gewesen, auch seien ihnen von anderen Seiten keine günstigeren Bedingungen gestellt worden, weil americanische Staatspapiere bei keiner Bank als Depofit angenommen würden. Den beiderseitigen Schreiben vom 7. und 10. April 1865 zufolge erhielten Beklagte vom Kläger 1500 fl., um sie an den 3000 fl. abzutragen. Auf die im letzteren Schreiben enthaltene Anfrage der Beklagten erwiderte Kläger (13. April 1865), da ihm kein Geld eingegangen sei, so übersende er den Beklagten 20 fl., um die noch übrigen 1200 fl. so gut als möglich zu prolongiren, worauf denn wieder die Beklagten unter dem 17. April 1865 anzeigten, sie hätten diese 1200 fl. auf ein Vierteljahr prolongirt und dabei eine Ermäßigung der Zinsen auf 5½ pCt. erlangt.“

Ergänzt wird der Inhalt der Correspondenz durch die oben bereits erwähnte protokollarische Zeugenaussage des Klägers. Derselbe gab nämlich an, er habe, um sich ein baares Darlehen zu verschaffen, americanische Staatspapiere im Betrag von 3000 Dollars zu verpfänden beabsichtigt, und sich deßhalb an die Beklagten gewendet, welche ihm brieflich mitgetheilt hätten, daß er sich nach Mannheim verfügen solle, woselbst er seinen Zweck erreichen könne. In dieser Stadt angelangt, habe er sich zu Leipheimer und mit diesen zu Rosenfeld und Levi verfügt, Erstere hätten sich mit Letzteren über diese Sache benommen; er habe sodann die Staatspapiere im vorhin gedachten Betrage bei Rosenfeld und Levi hinterlegt, und seien ihm dagegen 3000 fl. baar ausbezahlt worden. Für diese Summe habe er einen Solawechsel zu Gunsten der Gebrüder Leipheimer ausgestellt, welche ihm ihrerseits, und zwar unter dem 14. Oktober 1864 eine Bescheinigung über den Empfang oder die Hinterlegung der Staatspapiere unter dem Versprechen, dieselbe gegen Zahlung der 3000 fl. zu verabfolgen, ausgestellt hätten; es sei nämlich von Rosenfeld und Levi, unerachtet dieselben das Darlehen ausbezahlt und die Staatspapiere in Empfang genommen, erklärt worden, daß sie lediglich mit den Gebrüdern Leipheimer, nicht aber mit ihm, Kläger, in Geschäftsverbindung treten wollten, und daher die betreffenden Rechtsgeschäfte als zwischen ihnen und Leipheimer vorgegangen anzusehen seien; wahrscheinlich hätten Rosenfeld und Levi diese Bedingung gestellt, weil er, Kläger, denselben ganz unbekannt gewesen sei.“

„Aus den mitgetheilten Urkunden ergibt sich mit aller Klarheit, daß die Beklagten im Auftrag des Klägers die Einleitung zu dem Geschäfte, vermöge dessen Rosenfeld und Levi dem Kläger gegen Hingabe von americanischen Staatspapieren im Betrag von 3000 Dollars als Faustpfand — 3000 fl. darlehensweise vorstreckten, trafen, die Eingehung dieses Geschäfts vermittelten und auf Begehren von Rosenfeld und Levi diesen gegenüber die Vertretung Klägers in Bezug auf die Folgen des Geschäfts übernahmen*) und demgemäß den aus dem Geschäfte mit Rosenfeld und Levi sich entspinnenden weiteren Verkehr, als Zinszahlungen, Prolongationen und Theilzahlungen am Kapital besorgten. Letzteres geschah, wie die Correspondenz nachweiset, jeweils im besonderen Auftrage des Klägers, der stets die hiezu nothwendigen Geldmittel lieferte. Es kann bei dem Inhalte der Correspondenz darüber kein Zweifel walten, daß Kläger selbst, unerachtet der Urkunde vom 14. Oktober 1864 die Banquiers Rosenfeld und Levi als die Darleiher und Empfänger des Faustpfandes, die Beklagten aber nur als Mittelspersonen, als seine Beauftragte, betrachtete. Die fragliche Urkunde erscheint daher nur als die Folge der Geschäftsbehandlung, wonach sich die Beklagten den Rosenfeld und Levi gegenüber als Schuldner, mithin auch als Verpfänder darstellen sollten. Man betrachtete es bei dieser Sachlage als zweckmäßig, daß

*) Das römische Recht gibt dem Intercedenten gegen Den, der um seines Vortheiles willen die Intercession veranlaßte, die actio L. 4 pr. l. 25 mandati. D. de fidej. 46. 1. Vrgl. L.R.S. 2028. D. R.

Digitized by Google

dem Kläger als eigentlichen Schuldner und Eigenthümer des an Rosenfeld und Levi hingegebenen Faustpfandes zu seiner Sicherheit für Rückgabe des letzteren eine Bescheinigung dahin ausgestellt werde, als ob die Beklagten die Gläubiger und Empfänger des Faustpfandes seien. Die fragliche Urkunde kann nun aber unter den obwaltenden Verhältnissen an dem zwischen Kläger und den Beklagten in Wirklichkeit bestehenden Rechtsverhältnisse nichts ändern und vermag nicht die Beklagten aus bloßen Bevollmächtigten des Klägers in dessen Faustpfandgläubiger umzuwandeln, und für das Faustpfand, welches nach dem Willen Klägers in die Hände von Rosenfeld und Levi überging, als schlechthin haftbar erscheinen zu lassen, weil nach einer bekannten, durch L.R.S. 1156 bestätigten Rechtsregel*) in Vertragsverhältnissen Dasjenige, was beide Vertragstheile in Wirklichkeit beabsichtigt und gewollt haben, Geltung erlangen muß, mögen auch die von ihnen gebrauchten Worte entgegenstehen. Wenn Rosenfeld und Levi ablehnten, unmittelbar mit Kläger ein Vertragsverhältniß einzugehen und wenn hierwegen in der Urkunde vom 14. Oktober 1864 und anderen Urkunden die Beklagten den Rosenfeld und Levi gegenüber so erscheinen, als ob sie das Darlehen aufgenommen und das Faustpfand hingegeben hätten, so ist dieser Umstand für das Verhältniß zwischen dem Kläger einerseits und den Beklagten andrerseits keineswegs entscheidend. Wie oben bereits bemerkt wurde, begründen die vorgelegten Urkunden die Annahme, daß sich die Beklagten kraft eines, ihnen vom Kläger ertheilten Auftrags den Rosenfeld und Levi an der Stelle des Klägers für haftbar erklärten. L.R.S. 2014." —

„Dem Bisherigen zufolge ist der Klagbehauptung und der dafür als Beweismittel geltend gemachten Urkunde vom 14. Oktober 1864 gegenüber durch die, beklagter Seits vorgebrachten, Urkunden der volle Gegenbeweis dahin geführt, daß die Beklagten lediglich als Beauftragte des Klägers, nicht etwa als Empfänger des Faustpfandes anzusehen seien."

„Es kann daher auch gegen sie mit Erfolg die Klage aus dem Faustpfandsvertrage auf Rückgabe des Faustpfandes (L.R.S. 2082) nicht angestellt werden."

„Eine Klage aus dem Auftragsvertrage könnte den L.R.S. 1991. 1993 zufolge gegen die Beklagten nicht sofort auf Rückgabe des durch Kläger selbst in die Hände Dritter gelegten Faustpfandes, sondern nur entweder auf den Vollzug des Auftrags oder auf Rechenschaftsablage gerichtet werden. Es ist nach der thatsächlichen Begründung der Klage weder das eine, noch das andere geschehen. Daß Beklagte in Folge eines bei Vollziehung des ihnen obliegenden Auftrages begangenen Versehens für das hingegebene Faustpfand selbst verantwortlich geworden seien (L.R.S. 1992), ist klägerischer Seits nicht behauptet worden."

„Da bei Sachlage die erhobene Klage in keiner Richtung aufrecht erhalten werden konnte, mußte dieselbe unter Abänderung der Urtheile der vordern Rechtszüge abgewiesen werden*)."

„Aus diesen Gründen, sowie nach §. 170 der Pr.O., wegen der Kosten, mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Roßhirt.

35.

Dem überlebenden Ehegatten, welchem der vorabgestorbene sein Vermögen für den Fall des Vorabsterbens im Ehevertrag vermacht hat, kommt die Befugniß des L.R.S. 1084 nicht zu.

Ob eine Schenkung an einen Dritten das in L.R.S. 1083 bezeichnete Maß übersteige, ist

---

*) In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit l. 219. D. de V.S. 50. 16.

D. E.

*) Die zweite Instanz nahm u. A. an, die Beklagten seien Commissionäre des Klägers und hätten als solche nach Art. 370 des allg. d. H.G.B. (lautend: „Der Commissionär steht für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit seines Contrahenten ein, wenn dies von ihm übernommen, oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist." Del credere) für Rosenfeld und Levi zu haften, indem sie durch die Urkunde vom 14. Oktober 1864 eine solche Haftungspflicht übernommen hätten. Diese Uebernahme kann aber Angesichts der Correspondenz nicht als vorhanden gedacht werden. Der Art. 376 Abs. 3 des allgem. d. H.G.B. (besagend: „Macht der Commissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Committent befugt, den Commissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen"), spricht selbst unter der Voraussetzung, daß Gebrüder Leipheimer Commissionäre gewesen, entschieden für die Ansicht der dritten Instanz. Denn darüber, daß die Rosenfeld und Levi als darleihende Faustpfandempfänger dem Kläger hier von vornenherein bekannt waren, besteht kein Zweifel.

D. E.

Digitized by Google

nach dem Verhältniß der Schenkung zur Größe des vermachten Vermögens und nach den persönlichen Beziehungen des Gebers zu dem Beschenkten zu bemessen.

Der Besitz von Fahrniß befreit nach L.R.S. 2279 den Inhaber von der Pflicht, die Rechtmäßigkeit des Besitzes nachweisen zu müssen.

In Sachen
des Florian Lumpp von Ettlingenweier, Klägers, Widerbeklagten, Appellaten, Coappellanten, Oberappellanten, Cooberappellaten
gegen
Alexander Lumpp Wittwe, nun Ehefrau des Karl Görig von da, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Coappellatin, Oberappellatin, Cooberappellantin,
Forderung betreffend.

In §. 1 des Heirathsvertrags hatte Alexis Lumpp der Beklagten, seiner künftigen Ehefrau, eine Anzahl Liegenschaften im Anschlag von 11,495 fl., sodann in §. 4, beziehungsweise in dem Nachtrage dazu, für den Fall, daß er vor ihr kinderlos sterben würde, sein ganzes Vermögen bis auf die Summe von 3000 fl. geschenkt.

Die Wittwe wurde als Erbfolgerin ihres Ehemanns, Alexis Lumpp, von dem Kläger auf Zahlung einer Schuld des Letzteren für Verköstigung und Verpflegung, sowie für demselben geleistete Fuhrdienste, belangt. Sie bestritt jedoch unter Bezugnahme auf L.R.S. 1084 ihre Haftbarkeit für die Schulden ihres Ehemanns, indem dieser in dem Heirathsvertrag ihr sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zusammen geschenkt und sie nach seinem Tode die Erklärung abgegeben habe, sich lediglich an das zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesene Vermögen halten und auf das Uebrige verzichten zu wollen.

Dieser Einwand wurde von großh. Oberhofgericht nicht für begründet erachtet, indem es an der thatsächlichen Voraussetzung fehle, unter welcher L.R.S. 1084 Anwendung findet.

In den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 4. Februar 1867 ward nämlich ausgeführt:

„In dem Heirathsvertrag sind zwei von einander völlig getrennte Schenkungen gemacht. Die erste derselben kommt als Schenkung unter Lebenden, welche speziell bestimmte Vermögensstücke zum Gegenstand hat, hier nicht in Betracht; die zweite aber enthält keine Schenkung, wodurch über gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zusammen verfügt wurde, sondern, da der Beklagten das Vermögen nur für den Fall kinderlosen Vorabsterbens des Gebers verschrieben wurde, — lediglich eine Schenkung zukünftigen Vermögens, d. i. des Nachlasses. Hieran kann der Umstand, daß der Beklagten für obigen Fall das ganze Vermögen zugewendet wird, nichts ändern, weil, wenn auch unter dem „ganzen" Vermögen des Alexis Lumpp das zur Zeit des Abschlusses des Heirathsvertrags schon vorhanden gewesene mit inbegriffen ist, solches doch nicht als gegenwärtiges Vermögen, sondern als ein unabgesonderter Theil der **künftigen** Verlassenschaft geschenkt wurde, und deßhalb als Bestandtheil der letzteren zu betrachten ist. Diese Auslegung erscheint um so mehr gerechtfertigt, als die gesetzlichen Vorschriften über Schenkungen in einem Heirathsvertrag in sehr wesentlicher Weise von allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichen, und daher als Ausnahmsbestimmungen streng auszulegen sind.

Hat hiernach die fragliche Schenkung nur das zukünftige Vermögen des Alexis Lumpp zum Gegenstand, so liegt nicht der Fall des L.R.S. 1084, sondern der des L.R.S. 1082 vor.

Eine Verfügung dieser Art ist aber als ein Vermächtniß in der Form eines Vertrags anzusehen, welches bezüglich der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten nach denselben Grundsätzen, wie ein testamentarisches Vermächtniß zu beurtheilen ist. Da nun das hier vorliegende Vertragsvermächtniß gemäß L.R.S. 1003 sich als ein Erbvermächtniß darstellt und die Beklagte bis jetzt nicht darauf verzichtet hat, so kann es nach den L.R.S. 1006. 1006a. 724. 870 keinem Zweifel unterliegen, daß dieselbe für die Schulden des Erblassers kraft Gesetzes haftbar ist ꝛc."

Die Beklagte erhob widerklagend eine Forderung für Fahrnisse, darauf gegründet, daß der Widerbeklagte sich solche widerrechtlich angeeignet habe. Dies ward von ihm beabredet und hinsichtlich eines Theils derselben im Werthanschlag von 98 fl. 30 kr. behauptet, daß er sie von Alexis Lumpp als Handgeschenke erhalten habe,

Digitized by Google

wog gen die Widerklägerin unter Widerspruch dieser Thatsache geltend machte, daß Alexis Lumpp über jene Fahrnisse nicht unentgeltlich habe verfügen dürfen, weil dieselben zu dem ihr laut Ehevertrag geschenkten Vermögen gehört hätten.

Bezüglich dieser Beanstandung besagen die Entscheidungsgründe:

„Nach L.R.S. 1083 ist bei einer Schenkung der hier vorliegenden Art — einem vertragsmäßigen Erbvermächtniß — dem Geber unbenommen, später noch über kleinere Summen oder einzelne Gegenstände auch mittelst eines unentgeldlichen Titels zu verfügen; die behauptete Handschenkung von Fahrnissen in dem oben angegebenen Werth ist aber mit Rücksicht auf die Größe des der Widerklägerin von ihrem Ehemann hinterlassenen Vermögens, ferner mit Rücksicht auf das persönliche Verhältniß, in welchem der Widerbeklagte zu Alexis Lumpp als dessen Verpfleger stand, — eine unbedeutende, und zweifellos keine übermäßige, daher für rechtsgültig zu erachten. Auf die Fragen, ob der von dem Widerbeklagten zum Beweis der Schenkung angetretene Zeugenbeweis zuläßig und erheblich und ob die Auferlegung eines Erfüllungseides gerechtfertigt sei, kommt es nicht an, weil der Widerbeklagte — wie die Widerklägerin selbst anführt — sich im Besitze der Fahrnisse befindet, dieser ihm nach L.R.S. 2279 als Rechtstitel gilt und daher nicht dem Widerbeklagten der Beweis der Rechtmäßigkeit seines Besitzes oblag, vielmehr es Sache der Widerklägerin gewesen wäre, die Unrechtmäßigkeit desselben darzuthun. Dies ist aber nicht geschehen, weßhalb die Widerklägerin unbedingt hätte abgewiesen werden können &c."

Red.

36.

Da badische Unterthanen in Frankreich nicht zum Armenrecht zugelassen werden, so sind Franzosen vor den badischen Gerichten von der Wohlthat des Armenrechts ausgeschlossen. Pr.O. §. 161.

Die Wittwe Graf in Guebweiler, Departement Oberrhein, hatte sich mit der Bitte um Zulassung zum Armenrecht an das Kreisgericht Baden gewendet, um eine Forderung von 300 fl. gegen Schuhmacher Graf in Baden einzuklagen. Es wurde daher der kais. franz. Generalstaatsprocurator in Colmar mit Schreiben vom 15. August v. J. gebeten, Vermögenszeugniß der Bittstellerin mitzutheilen und sich darüber auszusprechen, ob arme badische Unterthanen vor den französischen Gerichten zum Armenrechte zugelassen werden. Hierauf erwiederte der Generalstaatsprocurator mit Schreiben vom 14. September v. J.: „In Frankreich bestehe über die Zulassung zum Armenrecht ein Gesetz vom 22. Januar 1851 — und es sei bestritten, ob darnach jene Rechtswohlthat auch Ausländern eingeräumt werden könne. Nur bezüglich der Schweizer sei im Art. 2 des Staatsvertrags vom 12. Juli 1828 Vorsorge getroffen, indem Frankreich und die Schweiz gegenseitig ihren Staatsbürgern jene Wohlthat eingeräumt hätten. Der Staatsvertrag zwischen Frankreich und Baden vom 3. Juli 1846 (Reggsbl. No. 24) enthalte dagegen keine Bestimmung hierüber. Demnach könne der Generalstaatsprocurator jenes Zeugniß nicht ertheilen, halte aber die Frage für so wichtig, daß er sich deßhalb an den französischen Justizminister gewendet habe."

Mit weiterem Schreiben vom 22. September v. J. theilte sodann der Generalstaatsprocurator den Bescheid des Justizministers mit, welcher dahin lautete, daß in Frankreich außer den Schweizern kein Ausländer zum Armenrechte zugelassen werden könne, weil sich das Gesetz vom 22. Januar 1851 nur auf Franzosen beziehe und mithin selbst die in Frankreich wohnenden Ausländer von jener Wohlthat ausgeschlossen seien, sowie, daß sich die französischen Ministerien der Justiz und der auswärtigen Angelegenheiten schon mehrmals mit der Frage beschäftigt hätten, jenen Stand der Dinge durch Verträge mit den Nachbarstaaten zu ändern, hierüber aber bis jetzt noch keine Entscheidung getroffen worden sei.

In Folge dessen wurde durch Verfügung vom 26. September v. J. das fragliche Gesuch der Wittwe Graf abweislich verbeschieden.

Bei der Geneigtheit der französischen Behörden dürfte die Regelung dieser wegen des vielfachen Verkehrs zwischen Badnern und Franzosen wichtigen Frage keiner Schwierigkeit unterliegen.

Dr. Puchelt.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 12.

37.

1) Genügt zur Oberappellation gegen ein Erkenntniß des Appellationsgerichts, welches die Appellation als unstatthaft verworfen hat, eine Beschwerdesumme von 500 fl.?

2) Verlegt das Appellationsgericht eine Vorschrift des Verfahrens, wenn es an §. 823 der bad. Pr.O. festhält, wonach die Appellation gegen die Verwerfung einer Beanstandung des Vertheilungsbescheides innerhalb 14 Tagen bei dem Obergerichte bei Verlust des Rechtsmittels gerechtfertigt werden muß?

Die Annalen Jahrg. XXXIII. S. 33 ff. berichten über einen Fall, in welchem das großh. Oberhofgericht die zweite der obigen Fragen bejaht, und seine Geneigtheit auch die erste zu bejahen, ausgedrückt hat, beides aber aus Gründen, welche die Richtigkeit der einen oder anderen Ansicht nicht außer Zweifel setzen dürften.

Zu 1) sagt man, es liege eine gleichlautende Entscheidung der beiden vordern Instanzen insofern nicht vor, als das Appellationsgericht aus einem formellen Grunde gerade die Entscheidung über die Materialien des Rechtsstreites abgelehnt habe. Diesen Satz beanstanden wir nicht, aber den Obersatz, den er voraussetzt, daß nämlich die Oberappellationssumme nur bei gleichlautender Entscheidung der vordern Instanzen 1000 fl., in anderen Fällen blos 500 fl. betrage. Dieser Obersatz war im §. 1192 der Pr.O. von 1851 begründet; nach §. 1151 der jetzt geltenden Pr.O. genügt aber eine Beschwerdesumme von 500 fl. nur noch in den Fällen, wo bis zu diesem Betrage das Appellationsgericht das Urtheil der ersten Instanz abgeändert hat [1]; „außerdem" d. h. in allen andern Fällen, also wohl auch in dem vorliegenden, beträgt die Oberappellationssumme 1000 fl.

Es war übrigens nicht nöthig, die Zulassung der Oberappellation auf die Zulänglichkeit der Beschwerdesumme zu stützen, wenn zu 2) der Grund der Beschwerde, wie das großh. Oberhofgericht annahm, in der Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens bestand.

Hier könnte man zunächst fragen, welches denn eigentlich die Verfügung sei, durch welche das Appellationsgericht eine Vorschrift des Verfahrens verletzte. Als nämlich die von der Appellantin dem Gantrichter vorgetragene Appellationsbeschwerde dem Appellationsgerichte zukam, ließ dieses sofort der Appellantin eröffnen, daß nach den §§. 823. 994. 1136 der Pr.O. die Appellationsbeschwerde durch einen Anwalt bei dem Obergerichte eingereicht werden müsse. Sie bat hierauf um Zulassung zum Armenrecht und nachdem der für sie aufgestellte Officialanwalt in der zwölften Woche nach Verkündung des angefochtenen Erkenntnisses eine Beschwerdeschrift eingereicht hatte, wurde die Appellation als unstatthaft verworfen. Nach seinen Entscheidungsgründen hat nun das großh. Oberhofgericht eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens nicht etwa darin erblickt, daß die durch die letztere Beschwerdeschrift eingeführte Appellation als verspätet verworfen wurde, sondern darin, daß nicht über die dem Gantrichter vorgetragene und dem Appellationsgerichte rechtzeitig zugekommene Beschwerde Verhandlungen gepflogen wurden. Aber dadurch, daß das Appellationsgericht die Appellantin auf eine unbestreitbar bestehende Vorschrift des Verfahrens hinwies, kann dasselbe doch wohl nicht eine Vorschrift des Verfahrens *verletzt* haben, und auf jene Hinweisung hat ja die Appellantin ihre erste Appellationsbeschwerde selbst nicht weiter geltend gemacht; es war von nun an nicht mehr über sie, sondern über die durch den Anwalt später eingereichte Beschwerde zu erkennen.

Indessen wollen wir diese Zwischenfrage auf sich beruhen lassen und uns daran halten, daß das großh. Oberhofgericht eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens darin erblickt hat, daß der Appellationsrichter, indem er auf die erste Beschwerde, weil sie nicht bei ihm eingereicht war, nicht einging, eine Förmlichkeit des Verfahrens für nothwendig erklärt habe, die nach der richtigen Auffassung des Gesetzes nicht nothwendig sei.

Digitized by Google

Daß nach §. 823 der Pr.O. die Appellation innerhalb 14 Tagen bei dem Obergerichte gerechtfertigt werden muß, wird nicht bestritten. Da diese Förmlichkeit nach derselben Gesetzesstelle bei Verlust des Rechtsmittels beobachtet werden muß, so kann wohl auch nicht bestritten werden, daß sie als eine nothwendige Förmlichkeit vorgeschrieben ist. Man sagt aber, diese Vorschrift sei eine Anomalie, die sich daraus erkläre, daß der §. 823 aus der Pr.O. von 1831 unverändert herübergenommen wurde. Mit dem Verfahren der neuen Pr.O., nach deren Geist der Schwerpunkt in die mündliche Verhandlung fällt, sei diese Vorschrift nicht wohl verträglich; die Absicht des neuen Gesetzes werde auch ohne deren Beobachtung vollkommen erreicht, ja die vorgeschriebene Förmlichkeit habe überhaupt keinen Zweck mehr.

Insofern der §. 823 für die Rechtfertigung der Appellation die allerdings sehr kurze Frist von 14 Tagen festsetzt, liegt ihm nach den Motiven zur Pr.O. von 1831 die Absicht zum Grunde, auf die Eröffnung des Vertheilungsbescheides die Beendigung der Gant so rasch als thunlich folgen zu lassen. Dieses Motiv hat jetzt noch denselben Werth, wie unter der Herrschaft der Prozeßordnungen von 1831 und 1851; ja dasselbe ist jetzt noch mehr als früher geeignet, die besondere kurze Frist des §. 823 zu rechtfertigen. Die früheren Prozeßordnungen hatten für die Fälle des abgekürzten Verfahrens abgekürzte Appellationsfristen; wo sie galten, mußte die Appellation innerhalb 3 Wochen gerechtfertigt werden; war sie rechtzeitig angezeigt, so kamen dazu etwa 8 Tage, die vom Ablauf der Frist bis zur Zustellung der Verfallenerklärung vergehen mochten, und weitere 8 Tage für die Wiederherstellung. Jetzt gelten von dem §. 823 und von §. 66 des Zehntablösungsgesetzes abgesehen für alle Appellationen die Fristen der bisherigen ordentlichen Appellation; der Appellant hat zur Rechtfertigung des Rechtsmittels 6 Wochen und bei rechtzeitiger Anzeige ungefähr 9 Wochen Zeit. Jetzt lohnt es sich also noch mehr als früher, für besonders eilende Fälle eine besondere kurze Frist zu bestimmen.

Die kurze Frist ist es aber auch nicht, wegen deren man den §. 823 mit dem Geiste der jetzigen Prozeßordnung unvereinbar findet; es ist die Vorschrift, daß die Appellation bei dem Obergericht gerechtfertigt werden müsse. Diese Vorschrift ist jedoch so wenig eine Anomalie, daß im Gegentheil die neue Prozeßordnung für alle Appellationen ohne Ausnahme das nämliche vorschreibt. Die Pr.O. von 1831 ließ für gewisse Fälle die Aufstellung und Verhandlung der Beschwerden bei dem Unterrichter zu, die Prozeßordnung von 1851 schrieb sie für gewisse Fälle vor; diesen beiden Prozeßordnungen war also die Rechtfertigung der Appellation bei dem Unterrichter, obgleich sie nicht die Regel bildete, doch wenigstens nicht unbekannt; in der neuen Prozeßordnung ist aber die Rechtfertigung der Appellation bei dem Unterrichter weder vorgeschrieben noch zugelassen; sie ist ganz und gar daraus beseitigt. Wenn daher auch der §. 823 die Vorschrift, daß die Appellation bei dem Obergericht gerechtfertigt werden müsse, nicht enthielte, so würde sie darum nicht weniger gelten, weil sie für alle Appellationen ohne Ausnahme gilt [2]).

Wäre diese Vorschrift mit dem Geiste der neuen Prozeßordnung unverträglich, und läge hierin ein zureichender Grund, sie zu umgehen, so könnte jede Appellation von der Partei selbst bei dem Unterrichter gerechtfertigt werden. Eine solche Behauptung ist unseres Wissens bisher nicht aufgestellt worden; wir könnten uns auch nicht damit befreunden [3]).

Daß die Meinung, eine einzelne Vorschrift eines Gesetzes entspreche seinem Geiste nicht, den Richter nicht berechtige, von ihr abzugehen, ist eine allbekannte Rechtsregel [4]); wir sind aber auch nicht der Meinung, daß die hier besprochene Vorschrift mit dem Geiste der neuen Prozeßordnung unverträglich, daß sie überflüssig oder zwecklos sei.

Daß der Schwerpunkt unseres jetzigen Verfahrens in der mündlichen Verhandlung liegt, ist im Allgemeinen allerdings nicht zu bestreiten, wenn aber die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe an einer andern Stelle sagen, die eigentliche Rechtfertigung der Appellation finde erst bei der mündlichen Verhandlung statt, so ist dies nicht ebenso unbestreitbar. Die Beschwerdeschrift, deren Inhalt der §. 1135 vorschreibt, ist ebensowenig als die Klage eine blos vorbereitende Schrift. Sie wird nach §. 1140 dem Appellaten unter Androhung der ihrem Inhalte entsprechenden Rechtsnachtheile zugestellt und Neuheiten, die in die Beschwerdeschrift gehören, dürfen nach § 1141 bei der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgetragen werden. Wie die Klage die Grundlage für das Verfahren der ersten, so ist es die Beschwerdeschrift für das Verfahren der zweiten Instanz. Es wäre daher gewiß auffallend, wenn die Prozeßordnung, die in den §§. 994. 995 allgemein vorschreibt, daß die Parteien

Digitized by Google

bei den Collegialgerichten durch Anwälte vertreten sein müssen, hinsichtlich eines der wichtigsten Parteivorträge eine unbeschränkte Ausnahme zugelassen hätte [3]).

Für die Appellationen des §. 823 würde allerdings die sehr kurze Frist, sofern man diese nicht verlängern wollte, eine Ausnahme gerechtfertigt haben; sie wurde aber nicht gemacht.

Wollte man gleichwohl in dem vorliegenden Falle, etwa in der Unterstellung, daß der Appellantin in der ersten Instanz Unrecht geschehen und in der zweiten noch zu helfen sei, ihrer Appellation Eingang verschaffen, so hätte es vielleicht mit dem geringsten Bedenken aus dem Grunde geschehen können, weil sie, was freilich erst hinterher sich herausgestellt hat, nicht das erforderliche Vermögen besitzt, um einen Anwalt aufzustellen. Man hätte sich hierbei einestheils darauf berufen können, daß die Armenpartei nach §. 166 der Pr.O. unter gewissen Voraussetzungen auch bei den Collegialgerichten eines Anwalts nicht bedarf, anderntheils darauf, daß die 14tägige Frist offenbar zu kurz ist für alles das, was von der Bitte des Appellanten um Zulassung zum Armenrecht bis zur Einreichung der Beschwerdeschrift durch den für ihn aufzustellenden Anwalt zu geschehen hat. P...

Bemerkungen

zu den oben bezeichneten Stellen in vorstehender Critik des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 25. October 1866:

[1]) Dies ist vollkommen richtig, und auch von großh. Oberhofgericht in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden; wenn in den oberhofgerichtlichen Motiven von einer gleichlautenden Entscheidung der vordern Instanzen gesprochen wird, so ist dieser nicht ganz correcte Ausdruck, der übrigens nicht nur in der Begründung der Regierung zu Titel 43 des Entwurfs, sondern auch im Bericht der II. Kammer in ähnlicher Weise vorkommt, wohl nur der Abkürzung wegen und da es hier auf die hervorgehobene Unterscheidung nicht ankam, gebraucht worden.

[2]) Obige Deduction hat den Buchstaben des §. 823 der Pr.O. für sich und in gleichem Sinne hat sich auch eine oberhofgerichtliche Minorität ausgesprochen; demungeachtet scheinen die Gründe, auf welche die oberhofgerichtliche Entscheidung gebaut ist, entschieden zu überwiegen. Regel ist, daß die Appellation bei dem Untergerichte angemeldet (§. 1120 der Pr.O.) und die Beschwerdeschrift, welche die Aufstellung der Beschwerden (und Aufstellung neuer Thatsachen wie Beweismittel) enthält (§. 1135), bei dem Obergerichte eingereicht werde, worauf dieses Tagfahrt zu mündlicher Verhandlung anordnet, in welcher die Beschwerden gerechtfertigt werden.

Abweichend hievon schreibt §. 823 im Interesse der Abkürzung vor, daß die Appellation gegen Verfügungen, wodurch Erinnerungen gegen den Vertheilungsbescheid verworfen wurden, in der nämlichen Tagfahrt mit specieller Angabe der Beschwerde angemeldet werden müsse. Hier soll also Anmeldung und Aufstellung der Beschwerden in einem Akte stattfinden; wozu nun noch die Ueberreichung einer besondern Beschwerdeschrift bei dem Appellationsgericht? Sie erscheint als durchaus zwecklos, da sie doch nichts enthalten könnte, was nicht schon in jenem Akte begriffen ist, indem Neuheiten hier selbstverständlich ausgeschlossen sind. Der §. 823 schreibt daher in seinem weiteren Verlaufe auch nicht die Einreichung einer Beschwerdeschrift vor, und konnte sie nach Obigem nicht vorschreiben, dagegen will er die Rechtfertigung der Appellation bei dem Obergerichte.

Die Einreichung einer Rechtfertigungsschrift kannte man aber wohl im alten Verfahren, und insbesondere erscheint sie in der Obergerichtsordnung als ein Essentiale; dieselbe aber jetzt noch als ein solches zu betrachten, ist mit den Prinzipien des neuen Verfahrens wohl nicht vereinbar.

Die Rechtfertigung, d. h. die rechtliche Begründung der Beschwerden findet nach den Prinzipien des mündlichen Verfahrens ausschließlich in der mündlichen Verhandlung statt, und wenn Appellant Alles gethan hat, um den Oberrichter in den Stand zu setzen, die Tagfahrt hiefür anzuordnen, so kann man ihm eine Versäumniß, welche ihn seines Rechtsmittels verlustig machte, mit Grund nicht vorwerfen, und wird wohl in obiger Vorschrift nur eine Aufforderung für den Oberrichter finden dürfen, jene Tagfahrt mit thunlichster Beschleunigung anzuordnen. Daß auf diese Weise die Absicht des Gesetzes, die Beendigung der Gant auf die Eröffnung des Vertheilungsbescheids möglich rasch folgen zu lassen, wenigstens in gleichem Maaße erreicht wird, dürfte nicht bestritten werden.

[3]) Hier wird auffallender Weise Beschwerdeschrift und Rechtfertigung der Appellation

Digitized by Google

identificirt, während nach ausdrücklicher Vorschrift (Pr.O. §. 1135) in ersterer nur die Beschwerden aufzustellen, nicht aber zu rechtfertigen sind. Aus der für einen einzelnen bestimmten Fall gegebenen ganz singulären Vorschrift, daß mit der Anmeldung der Appellation zugleich die Aufstellung der Beschwerden verbunden werden solle, und dem daraus abgeleiteten Schlusse, daß die Einreichung einer besonderen Beschwerdeschrift bei dem Oberrichter in diesem speziellen Falle cessire, — die Folgerung ziehen, daß nun für alle Fälle eine solche Einreichung unterlassen oder — nach dem beliebten Ausdrucke — die Appellation bei dem Unterrichter gerechtfertigt werden könnte, scheint so exorbitant, daß wir uns hiermit ebenfalls nicht befreunden könnten. —

[4]) Die Richtigkeit dieser Rechtsregel ist im Allgemeinen nicht zu bestreiten, sie wird aber durch andere gleich wahre allgemeine Regeln modificirt und beschränkt, insbesondere durch l. 24 D. de Leg. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere (was besonders bei Anwendung systematischer Gesetzbücher zu beachten ist); ferner l. 17 D. ibid. Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Savigny stellt daher die Theorie auf, daß der offenbar unrichtige Ausdruck des Gesetzes — dem wirklichen Gedanken des Gesetzes nachzusetzen ist und der Richter vorzugsweise letztern zur Geltung zu bringen hat.

[5]) Daß die Beschwerdeschrift keine blos vorbereitende Schrift ist und die Grundlage für das Verfahren der II. Instanz bildet, ist anzuerkennen, keineswegs aber die daraus gezogene Folgerung, daß der Gesetzgeber nicht bei einer einfachen Appellation, wo Neuheiten ausgeschlossen sind und vor allem das Interesse der Beschleunigung vorwaltete, mit der Anmeldung die Aufstellung der Beschwerden vor dem Unterrichter vorschreiben konnte und wirklich vorgeschrieben hat. Die Beschwerdeschrift — ihres wesentlichen Inhalts entkleidet — erscheint dann als ein Superfluum, und in einem solchen wird niemals ein Essentiale processus erkannt werden dürfen.

38.

Auch die Nothfrist der Oberappellation bezüglich der Verbescheidung von Erinnerungen gegen den Inhalt des Vertheilungsbescheids beträgt nur 14 Tage.

§§. 823. 1153 der Pr.O.

S. oben No. 5 Ziff. 11 S. 33 ff.

In Sachen

des David Werthheimer von Kippenheim, Liquidanten, Appellanten, Oberappellaten

gegen

die Gantmasse des Metzgers Johann Schillinger in Freiburg, Liquidatin,

hier gegen

Donat Kaiser von Bernau, als Cessionar der Ehefrau des Gantmanns, Friderike geborene Bauer. Liquidanten, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung und Vorzug betreffend,

hat das großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 31. Januar 1867:

— In Erwägung, daß die Oberappellation des Donat Kaiser gegen ein Urtheil gerichtet ist, durch welches über Erinnerungen eines Gantgläubigers gegen den Inhalt des Vertheilungsbescheids erkannt wurde; —

in Erwägung, daß gemäß §. 823 der Pr.O. die Appellation gegen solche Erkenntnisse innerhalb 14 Tagen bei Verlust des Rechtsmittels gerechtfertigt werden muß; —

in Erwägung, daß diese Gesetzesbestimmung auch bei der Oberappellation Anwendung findet, indem nach §. 1153 der Pr.O. die Nothfristen der Oberappellation dieselben sind, wie bei den Appellationen, überdies aber der Grund und Zweck der Vorschrift des §. 823, nämlich die möglichste Beschleunigung des dem Vertheilungsbescheide nachfolgenden Verfahrens — darauf hinweist, daß der Gesetzgeber die Beschränkung der Nothfrist auf 14 Tage auch für die Oberappellation als maaßgebend erachtet hat; —

in Erwägung, daß im vorliegenden Fall das Urtheil zweiter Instanz dem jetzigen Oberappellanten am 22. October v. J. zugestellt worden war, die Oberappellationsbeschwerde aber erst am 10. Dezember v. J. eingereicht wurde, demnach als versäumt erscheint;

nach Ansicht der §§. 208. 209. 1137, und wegen der Kosten des §. 169 der Pr.O. — die von dem Liquidanten Donat Kaiser gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat vom

Digitized by Google

2. October 1866, No. 2803, eingeführte Oberappellation, unter Verfällung des Oberappellanten in die dadurch entstandenen Kosten, als unstatthaft verworfen.
Red.

39.

Wahrnehmungen aus der Praxis.

Eid und Handgelübde.

Man hat bekanntlich bei der neuesten Redaktion der bürgerlichen Pr.O. die genannten zwei verschiedenen Arten gerichtlicher Versicherungsformeln beibehalten. Wenn man uns zugibt, daß eine solche Unterscheidung einerseits überflüssig, andererseits schädlich ist (das „superflua non nocent" paßt auch hier, wie fast überall, nicht!), so wird man wohl eine Gerichtspraxis billigen, die — immer noch auf dem Boden des Gesetzes stehend — gleichwohl über jene Unterscheidung möglichst hinwegzukommen sucht. Diese Praxis legt den § 572 der Pr.O., demzufolge bei einem Streitgegenstande im Werthe von weniger als 50 fl. statt des Eides das Handgelübde stattfinden soll, in dem Sinne aus, daß es nicht unter allen Umständen gerade auf die Summe ankomme, bezüglich deren eine gerichtliche Versicherung abzugeben ist, sondern auf den Streitgegenstand im Allgemeinen. Zunächst drängt sich der Fall auf, daß wegen mehrerer einzelner Posten geschworen werden soll, deren Gesammtsumme mehr als 50 fl. beträgt; z. B. wenn wegen einer Zahlungseinrede im Betrag von 60 fl. und wegen eines Nachlasses von 30 fl. auf Eid zu erkennen ist; man legt dann über beide die förmliche Eidesversicherung auf und man kommt damit über den argen Mißstand hinweg, den Parteien, ja sogar manchmal einer und derselben Partei im gleichen Athemzug verschiedenartige Folgen ihrer Unwahrheit androhen, ihr für den Fall eines Meineides über 51 fl. die Hölle heißer machen zu müssen, als für den Fall eines falschen Handgelübdes über 49 fl. Dieses Verfahren ist mit dem Wortlaute des Gesetzes vollkommen vereinbarlich; nicht minder aber auch das weitergehende, daß man, wenn nur der Streitgegenstand überhaupt 50 fl. übersteigt, auch dann, wenn nur bezüglich eines Theiles von weniger als dieser Summe noch geschworen werden soll, während der übrige unbedingt abgeurtheilt worden, auf förmlichen Eid erkennt — und es ist endlich kein Sprung, sondern steht auf der gleichen Stufe mit dem eben erwähnten Falle, wenn wir zu dem gleichen Resultate dann gelangen, falls der größte Theil des Streitgegenstandes in anderer Weise erledigt und nur über einen Rest im Betrage von weniger als 50 fl noch ein (bedingtes) Urtheil zu fällen ist.

Auf diese Weise gelangen wir dazu, das Handgelübde in vielen Fällen, wo es ohne Noth statt des Eides oder gar neben dem Eide vorzukommen pflegte, zu beseitigen, aus dem kollegialgerichtlichen Verfahren es aber ganz zu verbannen. Man braucht nicht grundsätzlich für die Versicherungsform des Eides und gegen die andere Form zu sein, um doch den Wunsch zu hegen, es, so lang überhaupt eine feierliche Versicherung nicht entbehrt werden kann, bei einer einzigen Art derselben bewenden zu lassen. —

Das Gesagte findet selbstverständlich auch Anwendung auf die Zeugenverpflichtung. — Eisen.

Anmerkung der Redaktion.

Der Eid im Civilprozesse stellt sich in manchen Beziehungen als ein Rechtsinstitut dar, welches sich überlebt hat und Gegenstand vielfältigen Mißbrauchs ist.

Manche der hierauf deutenden Mißstände sind in diesen Blättern bereits besprochen.

Es wird sich daher dem Gesetzgeber früher oder später die Frage aufdrängen, ob und in wie weit der Haupteid im Prozesse zu beseitigen oder durch feierliche aber einfache Versicherungen, ähnlich wie bei der Hinterlegung in L.R.S. 1924 zu ersetzen wäre.

Auch der Notheid dürfte kaum mehr die frühere Bedeutung haben, nachdem die Würdigung des Beweisergebnisses der freien Ueberzeugung des Gerichts anheimgegeben, und dieses nicht mehr, wie früher, an beengende Beweisregeln gebunden ist.

Es wird wohl einmal die Zeit kommen, wo eine Partei nicht mehr in die Lage versetzt werden kann, eine ganze, oft sehr bunte, Serie von — auf allerlei Eventualitäten berechneten — nach logischen Regeln an einander gereihten Eiden, in einzelnen Fällen auch noch mit Handgelübden durchmischt — schwören zu müssen! Urtheile dieses Inhalts mögen juristische Kunststücke, Ergebnisse scharfsinniger und umsichtiger Combination sein, aber ob sie in gleichem Maße gewöhnlichem Verständniß entsprechen, dürfte mehr als zu bezweifeln sein.

Obschon hiernach gerade der Eid und dessen Form es ist, dessen Beseitigung oder doch Beschränkung als wünschenswerth erscheint, so wird doch die Ausführung in vorstehendem Aufsatz, daß neben dem Eide in derselben

Digitized by Google

Sache von derselben Partei nicht auch noch ein Handgelübde gefordert werden dürfe, sondern daß bei verschiedenen auf das Gewissen gegebenen Summen der Gesammtbetrag bezüglich der Anwendung des §. 572 der Pr.O. entscheide, gewiß gebilligt werden müssen.

Darin dürfte aber denn doch zu weit gegangen sein, wenn als „Gegenstand des Streites," von welchem §. 572 der Pr.O. spricht, und womit offenbar der Umfang des auf das Gewissen einer Partei gegebenen streitigen Anspruchs oder verschiedener Ansprüche (der Gegenstand des mit dem Eid zu entscheidenden Streitbetreffs, wie L.R.S. 1358a sich ausdrückt) bezeichnet werden soll, der Streitgegenstand im Allgemeinen, der Gegenstand des ganzen Prozesses, nicht blos der Beweisführung, beziehungsweise Eideszuschiebung verstanden werden will.

40.

Zu §. 3a der V.O. vom 22. September 1864 (Centr.V.O.Bl. No. 16) über Anzeigen der Gendarmerie.

J. A.S.
gegen
Peter Kümle, Wirth von Wilfingen,
wegen Bestechung.

Der Angeklagte war durch kreisgerichtliches Urtheil vom 24. Dezember v. J. einer Bestechung für schuldig erklärt worden, weil er, nachdem er am 3. September v. J. den Fr. X. Ebner vorsätzlich am Körper verletzt gehabt, am 5. deff. Monats dem Gendarmen Tröndle angeboten hatte, ein Fäßchen Bier für den Fall zahlen zu wollen, wenn derselbe dem großh. Bezirksassistenzarzt schriftlich mittheilen würde, daß er von der Körperverletzung Ebner's keine Anzeige machen wolle.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Angeklagte auf Grund des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. die Nichtigkeitsbeschwerde, indem er geltend machte, daß der Thatbestand einer Bestechung um deßwillen nicht vorliege, weil Gendarm Tröndle nicht in der Lage gewesen sei, ihn durch Unterlassung einer Anzeige der Körperverletzung zum Nachtheil des Fr. X. Ebner oder des Staates zu begünstigen, indem jene Verletzung als eine solche, welche weder einen bleibenden Schaden, noch Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht habe, nach §. 3 Ziff. 4 der Str.P.O. nicht von Amtswegen, sondern nur auf Anklage des Verletzten strafgerichtlich zu verfolgen gewesen sei.

Die Beschwerde erschien jedoch dem großh. Oberhofgerichte als unbegründet, welches sie durch Urtheil vom 14. Februar 1867 aus folgenden Gründen verwarf:

„Nach den — dem angefochtenen Urtheil beigefügten — Gründen hat der Angeklagte dem Gendarmen das fragliche Anerbieten zu einer Zeit gemacht, als das gerichtsärztliche Gutachten über die Folgen der Körperverletzung noch nicht abgegeben, also noch ungewiß war, ob die Verletzung einen bleibenden Schaden oder Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht habe, oder nicht.

Da nun im ersteren Falle das Vergehen von Amtswegen zu verfolgen war, brachte es die Dienstpflicht des Gendarmen mit sich, von der Körperverletzung zu dem Behufe Anzeige zu machen, damit deren Folgen durch Erhebung eines ärztlichen Gutachtens festgestellt, und falls dieselben darnach in einem bleibenden Schaden oder Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit beständen, gegen den Angeklagten eingeschritten würde.

Hätte der Gendarm diese ihm gebotene Amtshandlung unterlassen, so würde er das öffentliche Interesse, welches die Ermittlung der Folgen der Körperverletzung erheischte, geschädigt, folglich zum Nachtheil des Staates gehandelt und zugleich den Angeklagten, insoweit es in seinen Kräften gestanden, gegen ein strafgerichtliches Einschreiten gesichert, folglich begünstigt haben. — Der Angeklagte hat daher, indem er dem Gendarmen die Zumuthung machte, den großh. Assistenzarzt zu benachrichtigen, daß er die Körperverletzung nicht anzeigen werde, — eine Zumuthung, welche selbstverständlich die weitere in sich schloß, dem Gericht keine Anzeige davon zu machen, — die Unterlassung einer Amtshandlung begehrt, durch welche er zum Nachtheil des Staates begünstigt worden wäre, — und da er dem Gendarmen hiefür zugleich einen Vermögensvortheil als Geschenk anbot, eine Handlung begangen, welche alle zum Thatbestand einer Bestechung nach den §§. 663. 664 des Str.G.B. erforderlichen Merkmale an sich trägt.

Red.

Digitized by Google

41.

Ueber das Beweisverfahren bei den Collegialgerichten.

Es ist eine bekannte Erfahrung, daß unmittelbar nach Einführung eines neuen Gesetzes dessen wirkliche oder scheinbare Mängel am lebhaftesten wahrgenommen werden, während man sich später daran gewöhnt und die Klage verstummt, wie sich dies besonders bei unserm Strafgesetzbuch zeigte. Wenn ich nun versuche, hier einen Mangel des im übrigen so trefflichen, neuen Prozeßverfahrens vor den Collegialgerichten anzudeuten, so rührt dies aus der nämlichen Quelle, und ich verkenne dabei durchaus nicht, daß eine baldige Aenderung der erst kürzlich eingeführten Prozeßordnung weder thunlich, noch wünschenswerth ist. Meine Bemerkungen haben vielmehr nur den Zweck, eine Erfahrung aus der Praxis zu constatiren und Material zur künftigen Revision des Prozeßgesetzes zu liefern. Wie sich nämlich jetzt in der Praxis die Sache gestaltet hat, so gehört die Beweisanticipation zu den größten Seltenheiten, weil die Anwälte aus finanziellen Rücksichten, sowie aus Vorsicht und Bequemlichkeit vorziehen, die Erlassung eines Beweiserkenntnisses abzuwarten und dann erst Beweis und Gegenbeweis anzutreten. Selbst wenn in der Voraussicht, daß Eideszuschiebung das einzige Beweismittel sein werde, der Vorsitzende bei der mündlichen Verhandlung die Anwälte zur sofortigen Beweisantretung zu veranlassen sucht, hat dieses nicht immer den gewünschten Erfolg. Dadurch wird aber das Verfahren äußerst schleppend und kostspielig. In der ersten Tagfahrt muß, sofern Etwas bestritten bleibt, ein Beweiserkenntniß erlassen werden, was wegen der Gerichtssporteln und Anwaltsgebühren erhebliche Kosten verursacht. Ferner wird dadurch eine weitere Tagfahrt zur Beweisantretung nöthig, welche bei viel beschäftigten Gerichtshöfen die Entscheidung der Sache oft um Monate verzögert, und ganz unverhältnißmäßige Kosten verursacht. So kam mir ein Fall vor, in welchem der Beweis nur durch Zuschiebung des Eides angetreten wurde, welchen der Gegner ohne Anstand annahm. Da nun der Streitwerth in die 4. Taxklasse fiel, so berechnete jeder Anwalt für eine vorbereitende Schrift 3 fl. 45 kr. und für den mündlichen Vortrag 15 fl., so daß für die ganz unbedeutende Mühe und Arbeit ein Aufwand von 37 fl. 30 kr. entstund. Die Tagfahrt zur Beweisantretung ist aber auch an sich ziemlich zwecklos, denn die trockene Aufzählung der Beweismittel und die Vorlesung von Beweisartikeln oder Fragstücken eignet sich sehr wenig für den mündlichen Vortrag. Nur selten sind Relevanzbescheide nothwendig und so hat diese zweite Tagfahrt gar keinen Erfolg, wenn Beweismittel vorgeschlagen werden, die sich nicht sogleich erheben lassen, wie z. B. Zeugen, Augenschein und Gutachten. Im solchen Falle muß daher eine dritte Tagfahrt angeordnet werden, in welcher Beweiserhebung, Beweisanfechtung und Ausführung und endlich die Erlassung des Urtheils erfolgt. In dieser dritten Tagfahrt drängt sich daher so Vieles zusammen, daß dadurch in größeren Sachen oft ein allzu großer Theil der Sitzungszeit in Anspruch genommen wird.

Ein Theil dieser Uebelstände wird allerdings verschwinden, wenn die in Aussicht stehende neue Anwaltstaxordnung das System der Aversalhonorare annimmt, weil dann die Anwälte veranlaßt sind, die Prozesse möglichst schnell zur Erledigung zu bringen; allein gänzliche Abhilfe ist nur möglich, wenn das Gebot der Beweisanticipation eingeführt wird; wie dies in dem von der hannöverischen Commission gefertigten Entwurfe einer allg. deutsch. Civilprozeßordnung geschehen ist. Dort ist nämlich in §. 120 bestimmt, daß die vorbereitenden Schriften, die Beweis- und Gegenbeweisantretung, sowie die Erklärung über die von der Gegenpartei bezeichneten Beweismittel enthalten müssen. In §. 281 ist sodann vorgeschrieben, daß, wenn die Sache nicht zum Endurtheil reif ist, der Gerichtshof eine Beweisverfügung erläßt, in welcher er mit Rücksicht auf die in den vorbereitenden Schriften geschehenen, oder was zulässig, in der mündlichen Verhandlung nachgetragenen Beweis- und Gegenbeweisantretungen die des Beweises bedürfenden Thatsachen und die Partei, welche zu einem Beweise oder Gegenbeweise zugelassen wird, bezeichnet, auch die Beweisaufnahme anordnet. Nach §§. 284. 285 sind die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragenen Beweismittel und Beweiseinreden, für die betreffende Instanz in der Regel verloren.

Bezüglich der B e w e i s a u f n a h m e sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß solche bei dem Kreisgerichte Baden nur in besonderen Fällen durch Amtsrichter oder Gerichtsdeputirte und in der Regel in der Sitzung des Gerichtshofs selbst geschieht. Es ist dies zwar namentlich bei Zeugenverhören oft mühselig und zeitraubend, hat aber den großen Vortheil, daß der Gerichtshof sich aus eigener Wahrnehmung seine Ueberzeugung über das Ergebniß der

Digitized by Google

Beweisführung bildet und dadurch rasch und sicher zur Urtheilsfällung gelangt. Auch ist nicht zu übersehen, daß Erläuterungsfragen an Zeugen und Sachverständige eigentlich nur von dem urtheilenden Gerichte mit Erfolg gestellt werden können, weil dazu eine genaue Kenntniß der Streitsache gehört, und die Stellung solcher Fragen oft von der individuellen Ansicht über wesentlich und unwesentlich abhängt. Namentlich in Ehescheidungsprozessen, zumal im Falle von Pr.O. §. 1033 ist die Einvernahme der Zeugen vor dem Gerichtshofe unbedingt nothwendig, da ohne die Zeugen selbst gehört zu haben, die Bildung der nach Pr.O. §§. 484. 1045 maßgebenden, inneren Ueberzeugung der erforderlichen Grundlage entbehrt.

So ist auch im hannöver'schen Entwurfe §. 287 vorgeschrieben, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgen solle, und nur wenige Ausnahmen sind zugelassen, z. B. im §. 329 wegen des Zeugenbeweises, wenn der Zeuge krank, oder wenn seine Abhör an Ort und Stelle zweckmäßig, oder wenn die Zeugenabhör sehr schwierig und sehr zeitraubend ist.

Läßt sich im einzelnen Falle die auswärtige Beweiserhebung nicht umgehen, so empfiehlt sich nach meiner Erfahrung für verwickelte Sachen sehr die Vorlesung eines schriftlichen Vortrages in der Sitzung nach Pr.O. §. 1029, da es den Anwälten für ihre Vorträge und dem Gerichtshofe für die Berathung Kürze und Klarheit ermöglicht.

Dr. Puchelt.

42.

In wie weit ist die Feststellung des Streitwerths im ersten Rechtszuge, namentlich wegen der Gerichtsbarkeit, auch noch für die höheren Rechtszüge, bezüglich der Appellations- und Oberappellationssumme von Bedeutung?

Annalen 1866 (XXXII.) No. 11 Ziff. 41 S. 86 ff., No. 36 Ziff. 131 S. 283 ff.

J. G. des B. Schmidt von Langensteinbach gegen B. Müller von da, Einfahrtsrecht betreffend, hatten sich die Parthien, nachdem der Beklagte den vom Kläger in Gemäßheit der §§. 15 und 16 der Pr.O. auf 500 bis 1000 fl. angegebenen Streitwerth bestritten, und obwohl er auch eine Widerklage erhoben, behauptet hatte, daß der Streitwerth höchstens 300 fl. betrage, in der bei der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe abgehaltenen Tagfahrt vom 9. Oktober 1865 über den Streitwerth dahin vereinbart, daß sie denselben übereinstimmend für Vor- und Widerklage auf 500 fl. angaben.

In den beiden ersten Instanzen fiel das Urtheil gegen den Beklagten aus, welcher sodann die Oberappellation ausführte und die schon in der Appellationsbeschwerdeschrift aufgestellte Behauptung, daß der Streit- und Beschwerdegegenstand einen Werth von 1400 fl. habe, auch für die dritte Instanz aufrecht erhalten wollte, zu welchem Zwecke er auf eine Schätzung antrug. Allein das großh. Oberhofgericht nahm an, die Parteien haben in jener Vereinbarung festgestellt, daß der Streitgegenstand für keine der Parteien einen höheren, als den vereinbarten Werth habe, und führte in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntniß vom 29. Januar 1867, womit das Rechtsmittel als unzulässig verworfen wurde, aus:

Die Parteien sind an die thatsächlichen Erklärungen, welche in Folge der Vorschrift in den §§. 15 und 16 der Pr.O. abgegeben wurden, gebunden und es sind diese Erklärungen in der Regel auch für die höheren Instanzen maßgebend, da nach §. 1105 der Pr.O. die Bestimmung des §. 15 auch bei der Berechnung der Beschwerdesumme für anwendbar erklärt ist.

Der Beklagte kann aber mit Grund nicht behaupten, daß er sich bei der Abgabe jener Erklärung in einem entschuldbaren thatsächlichen Irrthum hinsichtlich des Streitwerths befunden habe, da zu jener Zeit — sowohl durch die bis dahin gewechselten Schriften, als durch den inzwischen aufgenommenen geometrischen Plan der Umfang der beiderseitigen Ansprüche vollkommen klar festgestellt war.

Es liegt hiernach um so weniger Grund vor, auf den Antrag, eine Abschätzung des Streitgegenstandes vornehmen zu lassen, einzugehen, als der Gerichtshof keinen Anlaß hat, in die Richtigkeit des zwischen den Parteien vereinbarten Streitwerths Zweifel zu setzen.

Da nun zwei gleichlautende Urtheile der vordern Instanzen vorliegen, somit nach §. 1151 der Pr.O. die Oberappellationssumme 1000 fl. beträgt, so erscheint das eingeführte Rechtsmittel wegen Mangels dieser Summe als unzulässig.

Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 13.

43.

Gerichtszuständigkeit.
Pr.O. §. 60.

Verlagsvertrag.
L.R.S.S. 577 dd. de.

Im Februar 1855 schloß Dr. Joseph Viktor Scheffel, der sich damals zu Heidelberg aufhielt, mit der Verlagsbuchhandlung Meidinger Sohn und Comp. in Frankfurt a. M. einen Vertrag ab, wonach er dieser Buchhandlung seinen Roman „Ekkehard“, zu „einem freien unbeschränkten Verlagsrechte auf fünfzehn Jahre“ gegen ein Honorar von 1200 fl. überließ. Nach Ablauf gedachter Zeit sollte das Werk dem Vertrage nach in das volle Eigenthumsrecht des Schriftstellers zurückfallen. Die Handlung Meidinger Sohn und Comp. gerieth, nachdem sie das Werk herausgegeben hatte, im Jahre 1860 in Concurs. Die Verwaltung der Concursmasse verkaufte das Verlagsrecht am „Ekkehard“ dem Buchhändler Otto Janke in Berlin. Durch Letzteren von diesem Verkaufe benachrichtigt, erklärte Scheffel, den Verkauf nicht anzuerkennen, wie er schon früher der Masseverwaltung gegenüber gegen jede ohne seine Zustimmung geschehende Veräußerung des fraglichen Verlagsrechts Verwahrung eingelegt hatte, die indessen unbeachtet geblieben war. Buchhändler Janke veranstaltete weitere Auflagen des „Ekkehard,“ kündigte überdies in der von ihm herausgegebenen „Romanzeitung“ an, daß er in dieser den „Ekkehard“ erscheinen lassen werde und eröffnete brieflich dem Dr. Scheffel, daß er eine illustrirte Ausgabe gedachten Buches zu veranstalten vorhabe, indem er denselben hiebei mitzuwirken aufforderte.

Bei dieser Sachlage erhob Scheffel unter der Behauptung, daß der fragliche Vertrag zu Heidelberg zum Abschlusse gelangt sei, bei dem großh. Kreisgerichte Heidelberg gegen Janke eine Klage dahin:

1) der Uebergang des Verlagsrechts aus der Meidinger'schen Masse auf Janke sei, da er nicht im Wege der nach Frankfurter Recht nothwendigen öffentlichen Versteigerung bewirkt worden, ungiltig;

2) das Recht aus einem Verlagsvertrage sei, weil ein solcher Vertrag auf gegenseitigem persönlichen Vertrauen beruhe, ein höchst persönliches, darum unübertragbar und greife diese Unübertragbarkeit im vorliegenden Falle insbesondere Platz, weil zwischen Kläger und der Verlagsbuchhandlung Meidinger Sohn und Comp. neben dem fraglichen Vertrage noch andere mit demselben in Verbindung stehende literarische Beziehungen gewaltet hätten;

3) selbst wenn man den Buchhändler Janke als Rechtsnachfolger von Meidinger Sohn und Comp. betrachten könnte, sei Ersterer doch nicht zum Abdrucke des „Ekkehard“ in der Romanzeitung, einer Wochenschrift, befugt, indem der mehrerwähnte Vertrag nach seinem Wortlaute sowie nach der gemeinschaftlichen Absicht der Vertragstheile die Verbreitung des „Ekkehard“ in der Form eines Buches voraussetze, und indem die Verbreitung gedachten Werkes in der Romanzeitung die eventuellen, d. i. nach Ablauf der vertragsmäßigen Zeit wiederauflebenden Rechte des Schriftstellers schädigen würde;

4) ebenso sei dem fraglichen Vertrage zufolge, sowie nach richtigen Grundsätzen über das Verlagsrecht, Janke nicht berechtigt, ohne Zustimmung und Mitwirkung des Verfassers eine illustrirte Ausgabe erscheinen zu lassen.

Das Klaggesuch ging dahin, daß

a) der Rechtsübergang von Meidinger Sohn und Comp. auf Janke für nichtig erklärt,

b) jedenfalls aber ausgesprochen werde, Janke sei weder zum Abdrucke des „Ekkehard“ in der Romanzeitung, noch zur Veranstaltung einer illustrirten Ausgabe desselben berechtigt.

Das großh. Kreisgericht Heidelberg wies die Klage als „hier nicht stattfindend“ ab, indem es die Klagegründe 1. und 2., welche nicht auf dem Vertrage (vrgl. §. 60 der Pr.O.) beruhen, zunächst in's Auge faßte und den Klagegründen 3. und 4. keine selbstständige Bedeutung beimaß.

Auf Berufung Klägers erklärte der Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim das großh.

Digitized by Google

Kreisgericht Heidelberg hinsichtlich der Klagegründe 3. und 4., mithin des Klaggesuchs zu b. für zuständig, wies dasselbe auch zur Verhandlung und Entscheidung, bezüglich dieser Klagegründe an, bestätigte aber hinsichtlich des Klaggesuchs auf Nichtigkeitserklärung des Rechtsüberganges (a.) das kreisgerichtliche Erkenntniß.

Das großh. Kreisgericht Heidelberg pflog nun Verhandlungen in der besagten Richtung und erkannte am Schlusse derselben durch Urtheil vom 31. Mai 1866, No. 1751—55:

„Der Beklagte sei nicht berechtigt, das Buch „„Ekkehard““ in der Romanzeitung abzudrucken, und ebenso wenig eine Ausgabe mit Illustrationen zu veranstalten, und habe sich des einen wie des andern Unternehmens bei Vermeidung einer Geldstrafe von 3000 fl. und Ersatz des Schadens zu enthalten.“

Dieses Urtheil erhielt auf die, beklagter Seits hiegegen ergriffene Berufung unter dem 15. Juni 1866, No. 2594, die Bestätigung des vorhin gedachten Appellationssenats und wurden auf die vom beklagten Theile eingewendete Oberberufung von großh. Oberhofgerichte unter dem 4. Februar 1867, No. 239, die Urtheile der beiden vordern Rechtszüge bestätigt.

Die Gerichte der drei Rechtszüge gingen bei Begründung ihrer Urtheile im Wesentlichen von denselben Sätzen aus. Wir theilen hier die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe mit, welche die erheblichen thatsächlichen Momente, soweit solche nicht schon zu Eingang angegeben wurden, in sich fassen. Sie lauten, wie folgt:

„Oberappellant macht gegen die Urtheile der vordern Rechtszüge zunächst geltend, daß es an der Zuständigkeit der badischen Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits fehle, weil diese Zuständigkeit aus dem angeblich zu Heidelberg erfolgten Abschlusse des zwischen Kläger und der Verlagsbuchhandlung Meidinger Sohn und Comp. zu Frankfurt a. M. im Februar 1855 eingegangenen Verlagsvertrags abgeleitet werde, die vorliegende Klage aber inhaltlich mehrerer Actenstellen nicht auf diesen Vertrag gestützt, Beklagter vielmehr nur als „faktischer Besitzer des Verlags“ belangt werde, weil der §. 60 der Pr.O., welcher Ausländer auf Erfüllung im Inlande entstandener persönlicher Verbindlichkeiten bei dem Gerichte des Entstehungsortes zu belangen gestatte, und welcher, falls man die Klage dennoch als auf den erwähnten Vertrag gestützt betrachte, allein die Zuständigkeit der badischen Gerichte zu begründen vermöge, zur Zeit gedachten Vertragsabschlusses (1855) noch nicht bestanden habe, vielmehr erst in der Prozeßordnung von 1864 zu Tage getreten sei, weil endlich, möge auch Kläger die über den fraglichen Vertrag aufgenommenen Urkunden zu Heidelberg unterzeichnet haben, dieser doch erst durch die, wie die Reihenfolge der Unterschriften zeige, später zu Frankfurt a. M. erfolgte Unterschrift von Meidinger Sohn u. Comp. in Kraft getreten, mithin für, an letzterem Orte entstanden zu erachten sei.“

„Es erscheinen jedoch alle diese Beanstandungen der Zuständigkeit der badischen Gerichte als unbegründet.“

„Von den Actenstellen, auf die man sich oberappellantischer Seits in der oben dargelegten Weise beruft, besagt die eine, auf welche sich die andere lediglich rückbezieht, im Hinblicke auf das, die Zuständigkeit der badischen Gerichte hinsichtlich des Klagbegehrens auf Nichtigkeitserklärung der Uebertragung des Verlagsrechts auf den Beklagten ablehnende Erkenntniß des Appellationssenats vom 11. November 1865, No. 4592, Folgendes: „„Indem der Kläger, durch die von den badischen Gerichten ausgesprochene Unzuständigkeit gezwungen, den zweiten nur vorsorglichen Theil der Klage durchführt, verwahrt er sich ausdrücklich gegen die Unterstellung, als solle damit auf die erste und hauptsächlichste Richtung der Klage verzichtet und der Beklagte als wirklicher rechtmäßiger Verleger anerkannt werden. Es wird vielmehr die Verfolgung der Klage, womit die zwischen der Meidinger'schen Gantmasse und dem Beklagten geschehene Abmachung als nichtig und wirkungslos erklärt werden soll, hiermit wiederholt vorbehalten. Jetzt wird gegen den Beklagten nur als faktischen Besitzer des Verlags vorgegangen.““ Diese Erklärung, deren letzte Worte, wie oben angeführt, oberappellantischer Seits vorzugsweise betont wurden, bildet, wenn man sie ihrem ganzen Inhalte nach betrachtet, eine Verwahrung gegen die Annahme eines Verzichts auf den Theil der Klage, in welchem die Gültigkeit des Uebergangs des Verlagsrechts an den Beklagten angefochten wird. Ihr kann, wenn man erwägt, daß Kläger, unerachtet er sie abgab, den Streit hinsichtlich des Theiles der Klage, welcher, selbst bei Zugrundlegung des zwischen Kläger und Meidinger Sohn und Comp. abgeschlossenen Vertrages, den Beklagten als zum Abdrucke des Romans „Ekkehard“ in der Romanzeitung und als zur Veranstaltung einer illustrirten

Ausgabe dieses Romans nicht berechtigt erklärt wissen will, thatsächlich fortsetzte, keineswegs die Deutung gegeben werden, als ob damit irgend eine zur Begründung eben dieses Theils der Klage nöthige Thatsache in Frage zu stellen beabsichtigt worden sei. L.R.S.S. 1108c. 1158. 1161. 1162. 1163. — Sie kann daher auch nicht dazu benutzt werden, daß auf Grund ihrer den jetzt vor dem Richter schwebenden Ansprüchen des Klägers entgegengetreten werde. Ob durch sie der Zweck erreicht werden kann, dem Kläger die Geltendmachung des vorhin zuerst erwähnten Theiles der Klage zu wahren, ist erst dann von dem zuständigen Richter zu ermessen, wenn dieser Theil der Klage an denselben gebracht wird."

„Daß der §. 60 der Pr.O. von 1864 zur Zeit des Vertragsabschlusses (1855) noch nicht in Kraft stand, kann man oberappellantischer Seits mit Erfolg nicht geltend machen, da jene Gesetzesstelle doch zur Zeit der Klagerhebung (16. Juli 1865) mit Gesetzeskraft bekleidet war, und da durchaus kein Grund vorliegt, dieser gesetzlichen Vorschrift, welche abgesehen davon, daß sie als Theil der bürgerlichen Prozeßordnung erscheint, schon ihrer innern Natur nach als eine prozeßrechtliche sich darstellt, deßhalb, weil der Vertrag, dessen Entstehungsort bei ihrer Anwendung in Frage kommt, vor ihrer Erlassung in's Leben trat, die Anwendung zu versagen. Der übrigens zunächst auf Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes und nicht des Prozeßrechts sich beziehende L.R.S. 2b, welcher besagt: „„Künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesetz das Recht gegeben hatte, kann ein späteres ändern, ohne rückwirkend zu sein, so lange es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt,"" spricht dem darin enthaltenen Grundsatze nach ganz entschieden dafür, daß der §. 60 der Pr.O. im vorliegenden Fall angewendet werde."

„Der gegen die Annahme, daß der Vertrag zu Heidelberg entstanden sei, aus der Reihenfolge der auf beiden Vertragsexemplaren befindlichen Unterschriften entnommene Grund erscheint keineswegs als entscheidend, wenn man erwägt, daß, wie in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen des Näheren ausgeführt ist, die Unterschriften offenbar nicht in der, der Reihenfolge entsprechenden Zeitfolge, sondern so auf die betreffenden Vertragsurkunden gebracht wurden, daß Kläger die seinige, und zwar zu Heidelberg, zuletzt darauf setzte.*) Wären übrigens auch Seitens der vertragschließenden Verlagsbuchhandlung die Vertragsexemplare ohne Unterschrift des Inhabers dieser Handlung, aber als zur Annahme reife Entwürfe an Kläger nach Heidelberg gesendet worden, und hätte dieser durch Beisetzung seiner Unterschrift in Heidelberg seine Annahme erklärt, so würde immerhin, da die Vertragsurkunden nur als Beweismittel erscheinen, der Vertrag selbst als zu Heidelberg entstanden zu betrachten sein."

„Oberappellant greift aber auch, abgesehen von der Zuständigkeit der badischen Gerichte die Richtigkeit der von den vordern Rechtszügen erlassenen, dem fürsorglichen Klagbegehren entsprechenden Urtheile in der Weise an, daß er geltend macht, die erhobene Klage sei unzulässig, indem sie sich nicht auf eine, Seitens des Beklagten begangene Verletzung der Rechte des Klägers zu stützen vermöge, und der zwischen Kläger und Meidinger Sohn und Comp. abgeschlossene Vertrag berechtige ihn in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger von Meidinger Sohn und Comp., Alles Dasjenige vorzunehmen, was ihm richterlich zu untersagen, die Klage begehre."

„Was nun die angebliche Unzulässigkeit der Klage wegen Mangels einer Rechtsverletzung angeht, so kommt in thatsächlicher Beziehung in Betracht, daß, wie feststeht, Beklagter einerseits das Vorhaben, den Roman „Ekkehard" in der Romanzeitung erscheinen zu lassen, in dieser Zeitung öffentlich ankündigte, andrerseits dem Kläger die Absicht, besagten Roman, mit Illustrationen versehen, herauszugeben, brieflich kund werden ließ, während in rechtlicher Beziehung der §. 256 der Pr.O. zu beachten ist, demzufolge „„auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne die Voraussetzung

*) Beide Vertragsurkunden waren vom Inhaber der Buchhandlung Meidinger Sohn und Comp. geschrieben, von ihm mit dem Datum „Frankfurt, den 20. Februar 1855" versehen und unterschrieben. Zwischen dem Texte und eben gedachtem Datum befand sich von der Hand Scheffel's das Datum „Heidelberg, den 20. (auf einem der beiden Exemplare „den 21.") Februar 1855" nebst der Unterschrift Scheffel's. Die Anschauung der Urkunden, namentlich der Umstand, daß der Text, das Frankfurter Datum sammt der Unterschrift Meidinger's als in einem Zuge niedergeschrieben sich darstellten, ließ keinen Zweifel daran, daß die Urkunden in Frankfurt geschrieben, mit dem Datum „Frankfurt den 20. Februar 1855" versehen und von Meidinger unterschrieben, dann nach Heidelberg gesendet und daselbst von Dr. Scheffel datirt und unterschrieben worden seien. Noch andere Momente bestätigten diese Annahme. D. E.

Digitized by Google

einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden kann, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat."" Man wird nämlich, wenn man die obwaltenden thatsächlichen Verhältnisse in's Auge faßt und die Rechtsansprüche des Klägers vorläufig als begründet unterstellt, sich der Annahme nicht entschlagen können, es stehe dem Kläger ein sehr wesentliches, und zwar rechtliches, Interesse daran zur Seite, daß nicht Beklagter die in Aussicht gestellten Unternehmungen der Aufnahme des Romans „Ekkehard" in die Romanzeitung und der Illustration dieses Romans wirklich in's Leben rufe, und damit eine, Seitens des dermaligen Klägers später zu erhebende Klage von vornherein in der wesentlichsten Beziehung des Erfolges beraube. Man kann auch bei solcher Sachlage nicht umhin, in der laut der Romanzeitung erfolgten öffentlichen Ankündigung und in der bezüglich der Illustration geschehenen brieflichen Mittheilung Kundgebungen zu finden, welche genügen müssen, das fragliche Interesse des Klägers bereits als begründet anzusehen. Daß Weiteres nicht hiezu verlangt werden kann, liegt in der Natur der Sache. Wollte man es verlangen, so würde man unter Umständen das klägerische Recht entschieden gefährden. Daß die Ankündigung in der Romanzeitung wieder zurückgenommen wurde, und daß in dem die Illustration betreffenden Schreiben von einer Mitwirkung des Klägers die Rede war, kann Beides der vorhin entwickelten Anschauung mit Erfolg nicht entgegengehalten werden, da weder das eine noch das andere den Beklagten irgend wie hindert, die einmal beabsichtigten Unternehmungen dennoch in's Leben zu führen. Es wäre sehr leicht denkbar, daß Beklagter bei einer Weigerung Klägers, zur Illustration mitzuwirken, die letztere nichts destoweniger ausführen ließe und die Rücknahme der Ankündigung in der Romanzeitung ist um so bedeutungsloser, als sie unter Angabe eines Grundes, daß sich nämlich „„Stimmen gegen den Abdruck des Ekkehard in der Romanzeitung erhoben hätten"" erfolgte, welcher, weit entfernt davon, dem klägerischen Rechte Rechnung zu tragen, es als in der Willkür des Beklagten stehend erscheinen ließ, ob zu jenem Abdrucke geschritten werden wolle, oder nicht, und als sie folgeweise nicht die mindeste Gewähr dafür bietet, daß nicht bei passender Gelegenheit auf das fragliche Vorhaben sofort wieder zurückgegriffen werde. Auch dadurch verlieren die beiden besprochenen Umstände an Bedeutung, daß im Laufe des Prozesses beklagter Seits das unbedingte Recht zum Abdrucke in der Romanzeitung und zur Illustration behauptet wurde. Es kann dieses Auftreten im Prozesse doch mindestens zur Auslegung der Acte, welche Demselben vorangingen, benützt werden."

„Die Behauptung, daß der oberappellantische Theil in Folge des Verlagsvertrags zur Herausgabe des „Ekkehard" in der Romanzeitung, sowie mit Illustrationen befugt sei, scheitert zunächst schon an dem Umstande, daß Verlagsverträge nach ihrer besonderen Natur, sowie nach der zu unterstellenden Absicht der Vertragstheile, wenn und insoweit keine abweichenden Verabredungen getroffen sind, den Verleger nur dazu berechtigen, das ihm in Verlag gegebene Werk in der Gestalt, wie es ihm überlassen worden ist, nicht aber in einer veränderten Gestalt zu vervielfältigen.

O. Wächter, Verlagsrecht I. S. 279 280. 297. 298. 345.

Renouard traité de droits d'auteurs II. No. 192.

Beseler, deutsches Privatrecht II. Aufl. §. 230 S. 946. *)

---

*) Wächter a. a. O. S. 279. 280: „War dem Verleger das volle und unbeschränkte Verlagsrecht überlassen, so ist er befugt, Auflagen in beliebiger Menge zu veranstalten; allein zu veränderten Abdrücken wäre er auch in diesem Falle noch nicht ermächtigt; denn ihm liegt die Verbindlichkeit ob, das Werk lediglich in der vertragsmäßigen Gestalt zu vervielfältigen." S. 297: „Der Verleger darf das Werk auch nicht in anderer Gestalt neu auflegen." S. 298: „Dieselben Grundsätze, welche die Befugniß, ein dem Verleger überlassenes Werk anderweit und insbesondere in veränderter Gestalt herauszugeben, normiren, gelten auch hinsichtlich des Rechts, einzelne Theile eines solchen Werkes abgesondert oder mit andern Publicationen neu erscheinen zu lassen. Hatte der Autor ein Werk als Ganzes in Verlag gegeben, so darf der Verleger nach den oben ausgeführten Grundsätzen nicht einzelne Theile oder Bruchstücke des Werkes abgesondert herausgeben." Auf S. 345 führt Wächter aus, daß der Verleger selbst unwesentliche Aenderungen, möchten sie z. B. nur einzelne Worte oder die Orthographie betreffen, nicht vornehmen dürfe, daß er ebenso wenig die Anordnung, Reihenfolge, Verbindung oder Bestandtheile des Werkes ändern dürfe und schließt mit den Worten: „Denn durch den Verlagsvertrag hat der Verleger sich verbindlich gemacht, das Werk in der Gestalt, wie es ihm übergeben wurde, zu vervielfältigen." Renouard sagt a. a. O., die Hingabe eines Werkes in den Verlag begründe für den Verleger wohl ein droit d'exploitation, nicht aber ein droit d'altération de l'ouvrage, und führt dies weiter aus. Bei Beseler a. a. O. finden wir folgende Aussprüche: „Er (der Verfasser) überträgt ihm (dem Verleger) nicht das Autorrecht im Allgemeinen, also namentlich nicht die Befugniß, Veränderungen des

Digitized by Google

Mittermaier, deutsches Privatrecht 7. Aufl. §. 296a Bd. II. S. 79.

Vergl. auch Bluntschli, deutsches Privatrecht §. 127[3] und

Gerber, deutsches Privatrecht §. 200.

Sicherlich gibt nun der im vorliegenden Falle zwischen Kläger und Meidinger Sohn und Comp. abgeschlossene Verlagsvertrag, wenn er, den Roman „Ekkehard“ als Vertragsgegenstand bezeichnend, von Zahlung des dafür festgesetzten Honorars von 1200 fl. nach Beendigung des Druckes spricht, wenn er verfügt, daß gedachter Roman nach Ablauf von 15 Jahren dem Kläger mit vollem Eigenthumsrechte, jedoch unter dem Vorbehalte wieder zufalle, daß es der Verlagshandlung unbenommen sei, auch nachher etwa noch sich ergebende „Reste“ (womit offenbar dann noch vorhandene Exemplare bezeichnet werden sollen) beliebig zu verwerthen, wenn er dem Kläger 25 Freiexemplare zusagt, wenn er endlich dem Kläger die Revision der einzelnen Druckbogen auferlegt, ganz klar zu erkennen, daß die vertragschließenden Personen ein Buch als abgeschlossenes Ganzes mit dem vom Schriftsteller beliebten Inhalte im Auge hatten. Nur in dieser Gestalt darf mithin dem Obigen zufolge das fragliche Werk vom Verleger vervielfältigt werden. Gegenwärtiger Auffassung vom Vertrage widerspräche aber nicht nur nicht der Abdruck in der Romanzeitung, sondern auch die Herausgabe mit Illustrationen. Der Erstere würde den Charakter eines Buches als eines abgeschlossenen Ganzen aufheben und den darin enthaltenen Stoff, mit andern Erzeugnissen der Romanliteratur vermischt, der periodischen Presse überliefern. Die Letztere würde in den Illustrationen dem Inhalte Zusätze geben, die gerade so unerlaubt erscheinen müßten, als ohne Einwilligung des Schriftstellers dem Werke beigegebene Anmerkungen. Daß Kläger an dem Unterbleiben der eben bezeichneten Aenderungen der Gestalt, in der das Werk ursprünglich zu Tage trat, ganz wesentlich interessirt ist, läßt sich sicherlich

---

Werkes bei der Veröffentlichung vorzunehmen.“ „Ist dem Verleger ganz allgemein das Verlagsrecht übertragen, ohne daß überhaupt nur von verschiedenen Auflagen oder von einer bestimmten Anzahl von Exemplaren die Rede war, so kann er von dem Werke in unveränderter Gestalt so viel Abzüge machen lassen und verbreiten, als ihm beliebt. Als Regel ist aber anzunehmen, daß ihm nur das Recht auf eine Auflage zu einer bestimmten Stärke eingeräumt und über neue Auflagen oder Ausgaben ein neuer Vertrag abgeschlossen werden muß. Doch kommt es im Einzelnen auf die Auslegung der besonderen Bedingungen an, welche nach dem Maße des guten Glaubens beurtheilt werden müssen.“ Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht sagt §. 386: „Für das Verhältniß zwischen Verfasser und Verleger läßt sich schon aus dem, was die bisherige Gewohnheit über die Natur des Verlagsrechts festgestellt hat, ableiten, 1) daß soferne bei dessen Uebertragung eine Bestimmung über die zu druckenden Exemplare stattgefunden hat, der Verleger kein Recht auf weitere Auflagen hat; 2) daß selbst bei unbeschränkter Uebertragung nach dem Verkauf der ersten Auflage dem Verfasser das Recht zustehe, eine verbesserte Ausgabe einem Andern zu übertragen, wenn keine Vereinigung über diese mit dem ersten Verleger stattgefunden hat, da man nach dem literärischen Interesse des Schriftstellers das Recht, eine solche zu veranstalten, als stillschweigend vorbehalten betrachten muß, mithin das unbeschränkte Recht nur auf erneuerten Druck der Schrift in ihrer ersten Gestalt bezogen werden kann.“ Schellwitz und Weiske's Rechtslexikon II. S. 498 — „dahingegen ist der Verleger niemals berechtigt, Veränderungen mit dem Texte vorzunehmen, oder von der stipulirten Form und dem Maße der Veröffentlichung eigenmächtig abzuweichen.“ Endemann, Handelsrecht §. 173 S. 876: „Unter allen Umständen, auch bei unbeschränkter Uebertragung des Verlagsrechts, hat aber der Verleger kein Recht, an dem Werke, so wie es ihm übertragen worden ist, Abänderungen vorzunehmen.“ Bemerkenswerth sind die hierher bezüglichen Bestimmungen des Preußischen allgem. Landrechts Thl. I. Tit. 11 §. 1011: „Wenn ein neuer unveränderter Abdruck einer Schrift in eben demselben Formate veranlaßt wird, so heißt solches eine neue Auflage.“ §. 1012: „Wenn aber eine Schrift in verändertem Formate, oder mit Veränderungen im Inhalte, von Neuem gedruckt wird, so würde solches eine neue Ausgabe genannt.“ §. 1013: „Ist im Verlagsvertrage die Zahl der Exemplare der ersten Auflage nicht bestimmt, so steht es dem Verleger frei, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Verfassers, neue Auflagen zu veranstalten.“ §. 1014: „Ist aber die Zahl bestimmt, so muß der Verleger, wenn er neue Auflage machen will, sich darüber mit dem Schriftsteller oder dessen Erben anderweit abfinden.“ §. 1015: „Können die Parteien sich darüber nicht vereinigen, so dient die Hälfte des für die erste Auflage gezahlten Honorarii zum Maßstabe.“ §. 1016: „Hingegen erstreckt sich das Verlagsrecht in der Regel, und wenn nicht in dem geschlossenen schriftlichen Vertrage ein Anderes verabredet ist, nur auf die erste Ausgabe des Werkes, mit Inbegriff aller ferneren Theile und Fortsetzungen desselben.“ §. 1017: „Der erste Verleger kann also niemals eine neue Ausgabe machen, ohne mit dem Schriftsteller einen neuen Vertrag darüber geschlossen zu haben.“ — §. 1023: „Anmerkungen zu Büchern, worauf ein Anderer das Verlagsrecht hat, besonders abzudrucken, ist erlaubt. Mit dem Werke selbst aber können dergleichen Anmerkungen ohne Einwilligung des Verfassers und seines Verlegers nicht gedruckt, noch in den königlichen Landen verkauft werden.“ §. 1024: „Niemand darf, ohne Einwilligung des Verfassers und seines Verlegers, einzelne gedruckte Schriften in ganze Sammlungen aufnehmen oder Auszüge daraus besonders drucken lassen.“ §. 1025: „Wohl aber können Auszüge aus Schriften in andere Werke oder Sammlungen aufgenommen werden.“ Den §§. 1011—1017 entsprechen die Satzungen der §§. 1167. 1168 des österreichischen Gesetzbuchs. D. E.

Digitized by Google

nicht in Abrede stellen. Abgesehen nämlich von dem Gewichte, welches ein Schriftsteller, der sein Werk als geschlossenes Ganze in Verlag gegeben hat, in geistiger Beziehung darauf legen kann und wird, daß dasselbe als solches Ganze erhalten bleibe, daß es mithin insbesondere nicht ohne seinen Willen mit den Geisteserzeugnissen Anderer in ein Sammelwerk vereinigt oder mit fremden Zuthaten versehen werde, kommt in materieller Beziehung in Betracht, daß die Verbreitung des fraglichen Werkes in der Romanzeitung ganz offenbar der Verwerthung desselben in weiteren, nach Ablauf der 15jährigen Vertragsdauer, mithin zum Vortheile Klägers, zu bewirkenden Auflagen wesentlich Abbruch zu thun vermag, und daß durch die, Seitens des Beklagten zu bewirkende Illustration einer nach Ablauf der Vertragsdauer vom Verfasser selbst zu veranstaltenden Illustration vorgegriffen werden würde, überdies aber durch eine dermalen in unpassender Weise ausgeführte Illustration das Ansehen und der Werth des gesammten Werkes für die Folgezeit leiden könnte. Der Illustration durch den Verleger ohne Zuthun oder Einwilligung des Schriftstellers würde auch offenbar die Bestimmung des L.R.S. 577 d. e entgegenstehen, wonach der Verleger zwar „„den Abdruck im Aeußern nach seinem Belieben einrichten, aber am Inhalt nichts mindern oder mehren darf."" Unmöglich kann nämlich der Begriff des „„Inhalts"" im Sinne dieser Gesetzesstelle so beschränkt aufgefaßt werden, daß die Illustration, welche doch dem Worte bildlichen Ausdruck verleihen, also mit demselben ein geistiges Ganze bilden soll, nicht als Theil des „„Inhalts"" zu betrachten wäre.

Vrgl. auch Dalloz, Repertoire t. 38 m. „Propriété litéraire" No. 316 (wo eine dem Verleger das Recht zur Illustration absprechende Entscheidung des Appellhofs zu Lyon angeführt ist)."

„Gegen die bisher dargelegte Anschauungsweise kann man sich für den vorliegenden Fall mit Erfolg auch nicht darauf berufen, daß Kläger dem ofterwähnten Vertrage zufolge den fraglichen Roman der Firma Meidinger Sohn und Comp. zu „„einem freien unbeschränkten Verlagsrechte"" überließ. Zunächst weiset nämlich schon die Festsetzung der Vertragsdauer auf 15 Jahre, und das Zurückfallen des vollen Rechts am Werke an den Schriftsteller nach Ablauf dieser Zeit auf die Nothwendigkeit einer nicht allzuweiten Deutung der Ausdrücke „frei" und „unbeschränkt" hin. Sodann spricht für eine solche Nothwendigkeit auch das mit jenen Ausdrücken in unmittelbare Verbindung gesetzte Wort „Verlagsrecht." Es müssen sich hiernach die Begriffe frei und unbeschränkt doch stets auf dem Gebiete des Verlagsrechts bewegen. Sie dürfen nicht dazu gebraucht werden, dieses Recht ganz oder nahezu in ein, dem vollen Rechte des Schriftstellers an seinem Geisteserzeugnisse gleichkommendes Recht umzuwandeln. Es können mithin die Worte „freies unbeschränktes Verlagsrecht" im Zweifel keine Auslegung erhalten, wobei die oben dargelegte gewöhnliche Tragweite der Verlagsverträge und des daraus abfließenden Rechts der Verleger zu Gunsten der Letzteren gänzlich verändert würde; es sind vielmehr diese Worte mit dem gewöhnlichen Sinne der Verlagsverträge überhaupt und mit dem übrigen Inhalte des vorliegenden Vertrages, wie solcher sich nach Wortlaut und der unterstellbaren Absicht der Parteien darlegt, möglichst in Einklang zu bringen."

„Geschieht dies aber, so finden sie eine völlig entsprechende Bedeutung schon darin, daß der Verleger nicht auf eine Auflage beschränkt werde, und daß ihm, wie hiernach die Zahl der innerhalb der 15 Jahre zu bewirkenden Auflagen, so auch die Zahl der bei den einzelnen Auflagen zu druckenden Exemplare freigegeben sein sollte.

D. Wächter, a. a. O. S. 259*).

Man muß es nämlich im Zweifel als in der Absicht der Vertragstheile liegend betrachten, daß der Verleger auf eine Auflage beschränkt bleibe, und man wird aus naheliegenden Gründen gewöhnlich in den Verlagsverträgen auch eine Beschränkung der Auflagen auf eine gewisse Anzahl von Exemplaren finden.

D. Wächter, a. a. O. S.S. 260—262. 269. 270. **)

*) Wächter sagt hier: „Wenn nun dem Verleger ausdrücklich das volle unbeschränkte Verlagsrecht übertragen wurde, — eine Ueberlassung, welche auch darin liegt, wenn dem Verleger das Werk zur unbeschränkten Verfügung überlassen wird — so ist er in der Zahl und in Stärke und Zeitfolge der Auflagen nicht beschränkt; er hat auch das Recht, den Satz stehen oder stereotypiren zu lassen."
D. E.

**) Hier spricht sich in größerer Ausführung Wächter dahin aus, es sei im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht der Partien nur auf eine Auflage gehe, wogegen aber allerdings im Zweifel dem Verleger die Bestimmung der Stärke der Auflage zukomme. Er bemerkt dabei (S. 262): „Diese Auslegung eines solchen unbestimmten Verlagsvertrags (d. i. die Auslegung, wonach im Zweifel nur eine Auflage zulässig ist) ist auch durch den allgemeinen Gebrauch

Digitized by Google

Für Baden sagt das Gesetz, nachdem es im L.R.S. 577 d.d die Hingabe der Handschrift an einen Verleger zum Abdrucken für eine Abtretung des Eigenthums an der Handschrift und für eine Beschränkung des Eigenthums am Inhalt durch das Verlagsrecht, erklärt hat, im L.R.S. 577 d.e „„Diese Beschränkungen, soweit der Verlagsvertrag nichts Anderes oder Mehreres festgesetzt hat, bestehen darin, daß der Verleger zwar die Auflage so groß machen kann, als er will, sie hingegen ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht wiederholen darf.““ *) Es gewinnen mithin die Vertragsworte „„zum freien unbeschränkten Verlagsrechte““ im Bereiche des badischen Rechts wenigstens in Bezug auf die gewichtige Frage der **Auflagenzahl** eine besondere Bedeutung.“

„Die dem Bisherigen zufolge den fraglichen Vertragsworten im Hinblicke auf den Gegenstand und den Gesammtinhalt des betreffenden Vertrags gegebene Deutung muß um so mehr für maaßgebend erachtet werden, als sie in allen Richtungen den gesetzlichen Auslegungsregeln der L.R.S.S. 1158. 1160. 1162. 1163 entspricht.“

„Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des §. 170 der bad. P.O. wegen der Kosten mußte, wie geschehen, erkannt werden.“ **Roßhirt.**

44.

Der dritte gemeine Diebstahl ist **kein** besonderes Verbrechen.

Annalen 1866 No. 26 Ziff. 91 S. 201.

Die Ueberschrift wird vielleicht beim geneigten Leser billiges Erstaunen hervorrufen, daß über diesen Gegenstand immer noch geschrieben werde, nachdem doch die Lehre von der Besonderheit des Verbrechens des dritten gemeinen Diebstahls wohl zu den überwundenen gehören dürfte. Dem ist aber eben noch nicht also. Immer noch sträuben sich einzelne Strafkammern, der sonst durchgedrungenen Anschauung sich zu fügen, offenbar in der auch berechtigten Ansicht, **ihre** Entscheidung der Controverse sei die allein richtige, und Recht müsse unter allen Umständen Recht bleiben! Durch diese Beharrlichkeit wird aber gegenüber der feststehenden Ansicht des großh. Oberhofgerichts nichts weiter bezweckt, als für die großh. Staatsanwaltschaft die Belästigung, gegen derlei Urtheile die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen und ausführen, der großh. Staatskasse, unnöthige Kosten tragen und dem großh. Oberhofgerichte, solche Urtheile kassiren zu müssen.

Es ist denn auch endlich soweit gekommen, daß die großh. Staatsanwaltschaft sich bei der mündlichen Verhandlung darauf beschränkt, unter Hinweisung auf die Ausführung in der Beschwerdeschrift den Antrag auf Kassation zu stellen, der Vertheidiger ex officio (denn die Opfer der Kassation sind wohl ausnahmslos besitzlose Plaggeister der menschlichen Gesellschaft) darauf, unter Hinweisung auf die feststehende oberhofgerichtliche Praxis zu submittiren und der Gerichtshof, unter Hinweisung auf die bekannten Gründe dieser Rechtsprechung — zu kassiren.

Es mögen noch zwei Beispiele als Beleg hierfür folgen, sie sollen aber, das sei versprochen, die allerletzten sein!

I.

J. A.S.

gegen

Christian Markus **Schneller** von Eßlingen, im Königreich **Württemberg**,

wegen Diebstahls,

wurde auf die von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Strafkammer, vom 22. Dezember 1866, No. 2686, ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde nach gepflogenen Verhandlungen das Urtheil der Strafkammer, besagend:

„Christian Markus Schneller von Eßlingen sei der Entwendung einer Uhr im Werth von 9 fl. zum Nachtheil des Sesselmachers Anton Maurer von Breisach, und damit des Verbrechens des dritten gemeinen Diebstahls und des Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen schuldig und deßhalb

---

in der Art anerkannt, daß man darin eine durch **Gewohnheitsrecht** festgestellte Regel sehen kann, und auch die Theorie hat sich entschieden für dieselbe erklärt.“ Vrgl. auch die in Note 2 abgedruckten Aussprüche von **Beseler** und **Eichhorn**. Die Gewohnheit, die Zahl der in **einer** Auflage zu druckenden Exemplare fest zu bestimmen, hat ihren naheliegenden Grund in dem Interesse des Autors. Den Satz, daß der Verleger die Stärke der Auflage zu bestimmen habe, hat man schon der Natur der Verhältnisse so wenig entsprechend gefunden, daß z. B. in Sachsen die Gesetzgebung in Mitte trat und für den Fall einer mangelnden Vereinbarung die Zahl der in **einer** Auflage zu druckenden Exemplare feststellte. Das sächsische Gesetz vom 21. Febr. 1855 fixirt im §. 4 diese Zahl auf 1000. D. E.

*) Dieselbe Bestimmung findet sich im bayerischen Gesetz vom 15. April 1840 Art. 1.; im sächsischen Gesetz vom 22. Febr. 1844 §. 4; in der koburg-gotha'schen Verordnung vom 18. Septbr. 1828 §. 3; in der anhalt-dessau'schen Verordnung vom 15./24. Nov. 1827 §. 2. Vrgl. die hierher bezüglichen Bestimmungen des preußischen Landrechts und österreichischen Gesetzbuchs in Note 2. D. E.

Digitized by Google

zu einer durch 8 Tage Hungerkost geschärften Arbeitshausstrafe von einem Jahr oder 2/3 Jahre in Einzelhaft, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen, auch nach Erstehung seiner Strafe auf Lebenszeit aus dem Großherzogthum zu verweisen,"
von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 14. Februar 1867 aufgehoben und erkannt:

„Christian Markus Schneller von Eßlingen sei der Entwendung ꝛc. und damit des Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls und des Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen schuldig und deßhalb zu einer durch vierzehn Tage Hungerkost geschärften Arbeitshausstrafe von einem Jahr und drei Monaten, oder 5/6 Jahre in Einzelhaft, sowie zur Tragung der Kosten des Strafverfahrens und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen, auch nach Erstehung seiner Strafe auf Lebenszeit aus dem Großherzogthum zu verweisen."

Entscheidungsgründe:

Die von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 22. Dezember v. J. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde, erscheint nicht nur nach Maaßgabe der §§. 373. Ziff. 7 und 375 Ziff. 2 der Str.P.O. als statthaft, sondern auch begründet nach der feststehenden, in ihrer Begründung genügend bekannten, Ansicht des diesseitigen Gerichtshofes: daß durch den §. 384 des Str.G. mit der Bezeichnung des zweiten Rückfalls in den gemeinen Diebstahl als „„dritten gemeinen Diebstahls"" kein besonderes Verbrechen, vielmehr nur eine mit dem dritten Diebstahlsvergehen beginnende höhere Strafbarkeit dieser Vergehen wegen des dadurch bewiesenen besonderen diebischen Hanges des Thäters und zum Zweck der Bewältigung dieses Hanges festgestellt werden sollte, woraus bei consequenter Anwendung der §§. 184. 187 ff. des Str.G. von selbst folgt, daß die dem dritten Diebstahlsfalle folgenden gleichen Handlungen als Rückfälle in jenen, durch das Gesetz mit höherer Strafe bedrohten Fall zu betrachten und unter Zugrundlegung der für ihn gedrohten Strafe mit höherer Strafe zu ahnden sind. Hiernach und da durch die, im Urtheil ausgesprochene größere Schwere des Verbrechens auch eine höhere Strafe, wie solche von großh. Oberstaatsanwalte in der Verhandlung auch beantragt wurde, begründet erscheint, wurde erkannt, wie geschehen.

II.

J. A.S.
gegen
Karl Stauß von Winterlingen, königlich württembergischen Oberamtsgerichts Bahlingen,
wegen Diebstahls und Widersetzlichkeit.

Karl Stauß von Winterlingen hatte sich am 10 November 1866 der in verbrecherischer Verbindung mit einem Dritten verübten, durch Einsteigen, sowie durch Erbrechen von Schränken und Thüren erschwerten Entwendung verschiedener Kleidungsstücke ꝛc. im Gesammtbetrag von 16 fl. 4 kr., zum Nachtheil des Altstraßenwirths Franz Xaver Maier von Wasenweiler schuldig gemacht.

Früher war derselbe schon am 6. August 1856 vom Gerichtshof für den Schwarzwaldkreis zu Tübingen wegen eines, in fortgesetzter That und im Complott verübten, ausgezeichneten Diebstahls im Werthe von 80—90 fl., ferner am 25. Mai 1858 von dem nämlichen Gerichtshof, dessen Urtheil vom königl. Obertribunal bestätigt wurde, wegen eines im Rückfall begangenen ausgezeichneten Diebstahls im Betrag von 112 fl. 24 kr. und am 11. Juli 1862 vom Gerichtshof für den Donaukreis wegen eines im zweiten Rückfall begangenen ausgezeichneten Diebstahls im Betrag von über 100 fl. verurtheilt. Die Voraussetzungen des Rückfalls nach Str.G.B. §. 184 ff. waren überall vorhanden. Gleichwohl hat ihn die Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg in Folge der bekannten Ansicht über die Natur des dritten Diebstahls als eines besonderen Verbrechens statt eines Rückfalles in den dritten Diebstahl nur des dritten Diebstahls und des dritten Rückfalls in das Diebstahlsverbrechen für schuldig erkannt, und ihm hierwegen und zugleich wegen einer ebenfalls festgestellten, unter körperlicher Mißhandlung verübten Widersetzlichkeit im zweiten Rückfall zu einer Zuchthausstrafe von 1 1/2 Jahr oder 1 Jahr Einzelhaft nebst Landesverweisung verurtheilt. (Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Mai 1867. No. 5.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 5.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Mai 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 2. Mai.	
7	Maier gegen Mutter. — Vertragsauflösung.	Gernandt.
9	Kath. Kirchenfiscus gegen Ottenheim. — Besitzstörung. . .	Barazetti. — Näf.
	Donnerstag den 9. Mai.	
4	Hammer gegen Grosrinderfeld. — Waidrecht.	v. Engelberg. — Gentil.
8	Stepp gegen Schuhmacher. — Forderung.	Bracht.
	Dienstag den 14. Mai.	
11	Huck gegen v. Seldeneck. — Forderung.	Wedekind.
18	Engel gegen Uß. — Forderung.	Schenkh. — Ettlinger.
	Donnerstag den 16. Mai.	
27	Thomson gegen Bär. — Einsprache.	Mayer. — Krämer.
12	Lopinet gegen Frank. — Vertragserfüllung.	Grimm. — Fürst.
	Dienstag den 21. Mai.	
17	Ries gegen Ries. — Forderung.	Ullrich. — Levisohn.
24	Pfähler gegen Pfähler. — Nutznießung.	Bertheau. — Eckhard.
	Donnerstag den 23. Mai.	
15	Mußle gegen Dietrich. — Versteigerungsanfechtung. . . .	Barazetti. — Fürst.
20	Steudel gegen Amann. — Gült- und Zinslast.	Hörst. — Ullrich.
	Dienstag den 28. Mai.	
25	Maier gegen Bissinger. — Forderung.	Kusel. — Strauß.
19	Schmid gegen seine Ehefrau. — Ehescheidung	Süpfle. — A. Gutmann.

Digitized by Google

In der C. F. Winter'schen Verlagshandlung in Leipzig und Heidelberg ist erschienen und in allen Buchhandlungen vorräthig:

Lehrbuch
des
Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts
mit Rücksicht auf
die neuern Civilprozeßgesetzgebungen
von
Dr. Achilles Renaud.

Der ordentliche Prozeß.

gr. 8. geh. Preis fl. 7. 12 kr.

In der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim ist soeben erschienen:

Die
badische Civil- und Strafgesetzgebung
in ihrer jetzigen Gültigkeit.
Nach systematischer Reihenfolge herausgegeben
von
mehreren praktischen Juristen.

2 Bde. Preis eleg. br. fl. 8.

Das
Strafgesetzbuch
für das
Großherzogthum Baden
nebst Abänderungen und Ergänzungsgesetzen, einschließlich der in Aussicht stehenden Gesetze über Presse, Vereine und Ministerialverantwortlichkeit
mit Erläuterungen
von
Dr. S. Puchelt,
großherzoglich badischem Kreisgerichtsdirector.

Zweite Abtheilung.
Erste Lieferung.
Preis eleg. br. fl. 2.

(Strafgesetzbuch, besonderer Theil. Tit. IX.—XXV. Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre der Person, sowie Verbrechen gegen die Sittlichkeit.)

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 14.

(Schluß von Art. 44.)

Hiegegen hat die großh. Staatsanwaltschaft nach Str.P.O. §. 375 Ziff. 2 die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, indem sie die, dem richtigen Sinne des Gesetzes entsprechende Schuldigerklärung in der erstgenannten Weise unter Aufhebung des angefochtenen Urtheiles verlangte.

Dieses Begehren erschien auch vollkommen begründet und durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 2. März 1867 wurde das Urtheil der Strafkammer, soweit die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen gerichtet ist, aufgehoben und erkannt:

„Karl Stauß sei der obgenannten erschwerten Entwendungen und damit des Rückfalls in den dritten gemeinen Diebstahl, ferner einer unter körperlicher Mißhandlung verübten Widersetzlichkeit im zweiten Rückfall schuldig und daher zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren oder von 1⅓ Jahr in Einzelhaft, sowie zu den Kosten des Strafverfahrens und Strafvollzugs zu verurtheilen, auch nach erstandener Strafe auf Lebenszeit aus dem Großherzogthum Baden zu verweisen."

Entscheidungsgründe:

Es genügt zur Rechtfertigung der Entscheidung die Bemerkung, daß der Gerichtshof an seiner, auf sorgfältiger Erwägung der Gründe und Gegengründe beruhenden, in einer Reihe von Fällen seit Jahren stets gleichmäßig von ihm befolgten Ansicht, festhält, wonach der dritte Diebstahl in richtiger Auffassung des Sinnes der Gesetzgebung nicht als ein eigenes Verbrechen zu betrachten ist.

Oberhofger. Jahrbücher N. F. Bd. 13 S. 365. 366.

Annalen Jahrg. 1862 S. 136, Jahrg. 1865 S. 3 und 289, Jahrg. 1866 S. 201.

Es hat auch der Vertheidiger des Angeklagten selbst in gebührender Würdigung der Verhältnisse die Entscheidung des fraglichen Punktes lediglich dem Ermessen des Gerichtshofs anheimgestellt.

Hiernach ist unter Aufhebung des erwähnten Urtheils soweit die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen gerichtet ist, das entsprechend abgeänderte Urtheil zu erlassen.

Das Strafmaß ist aber hiebei gemäß Str.G.B. §. 384 Ziff. 1. §. 187. 188. 151. 152 nach Beschaffenheit der Umstände des Falles angemessen zu erhöhen.

Hinsichtlich der Kosten kommt Str.P.O. §. 426 in Betracht.

Red.

45.

Wie wird die Pension von Besoldungen berechnet, welche den Betrag von 4500 fl. übersteigen; wird das nach Art. 1 des Gesetzes vom 3. August 1844 vorweg abzuziehende ⅕tel an der ganzen Besoldung abgerechnet, und wenn der hiernach bleibende Rest den Betrag von 4500 fl. noch übersteigt, die der Pensionsberechnung zu Grund zu legende Summe auf 4500 fl. gemindert oder werden von der Besoldung überhaupt nur 4500 fl. in Ansatz gebracht und wird das ⅕tel von dieser Summe abgezogen?

In Sachen
von Marschall gegen Fiscus,
Pensionsforderung betreffend.

Der Kläger, welcher im Januar 1833 als Staatsdiener angestellt, im Dezember 1853 mit Vorbehalt seiner Wiederverwendung in Ruhestand versetzt, im Juli 1856 in den aktiven Dienst zurückberufen und im Mai 1864 nach Bezug einer Besoldung von 6000 fl. abermals in Ruhestand versetzt worden war, beanspruchte mittelst gerichtlicher Klage eine höhere Pension, als die ihm von großh. Finanzministerium bewilligte, indem er sie auf Grund des Artikels 1 der Gesetze vom 3. August 1844 und 27. Dezember 1848 über die Besoldungen der Staatsdiener und des §. 6 des Dieneredikts vom 30. Januar 1819 auf jährliche 3960 fl. berechnete, während ihm von großh. Finanzministerium nur ein Betrag von 3168 fl bewilligt worden war.

Digitized by Google

Artikel I. des Gesetzes vom 3. August 1844 besagt:

„Von Besoldungen und Besoldungszulagen, welche Civil- und Militärstaatsdienern seit dem 1. Januar 1832 verliehen worden sind oder künftig verliehen werden, ist bei Ermittlung der Pension solcher Diener 1/5 tel außer Rechnung zu lassen, ebenso der ganze Betrag, um den ihre Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigt."

Ueber die Entstehungsgeschichte des fraglichen Artikels ist zu erwähnen:

Am 1. Juli 1831 hatte die Regierung der 2. Kammer der Landstände den Entwurf eines Gesetzes über den Normaletat der Civilstaatsdiener und über die Größe ihrer Besoldungen vorgelegt — einen Entwurf, dessen Artikel 2 dahin lautete:

„Von allen Besoldungen (der Civilstaatsdiener) ist der 5. Theil „Funktionsgehalt" und kommt bei Berechnung der dieneredisktmäßigen Pension nicht in Ansatz. Diese Bestimmung gilt nur für die Besoldungen und Besoldungserhöhungen, welche nach Verkündigung dieses Gesetzes werden verliehen werden. In die Wittwenkassen werden die Beamten auch künftig nur mit ihrer vollen Besoldung aufgenommen."

Nach den Motiven der Regierung sollte dieser Artikel die Zahl der Pensionäre und die Größe der Pensionen für die Zukunft vermindern, ohne in der Dienerpragmatik selbst eine Veränderung vorzunehmen. Dabei wurde anerkannt, daß der Funktionsgehalt bei höhern Besoldungen in einer größern Quote bestimmt werden müßte, wenn nicht das Pensionsedikt das Maximum der Pensionen auf 4000 fl. festgesetzt hätte.

Verhandl. der Ständeversammlung im Jahr 1831.
Heft 13 S. 14.
Beilageheft 5 S. 1. 2. 32.

Nachdem die Commission der 2. Kammer den Artikel in etwas geänderter Fassung angenommen hatte,

Beilageheft 13 S. 367, vrgl. S. 309,

zog die Regierung Anfangs Dezember 1831 den Gesetzentwurf zurück, weil die Zeit zu seiner Berathung nicht mehr hinreiche, und stellte dabei in Aussicht, daß einzelne Artikel des Entwurfs, welche für die laufende Budgetsperiode von wesentlichem Nutzen seien und keine weitläufige Diskussion veranlassen würden, im Finanzgesetze Aufnahme fänden.

Heft 32 S. 380. 381.

Am 24. Dezember 1831 legte sie sodann den Entwurf des Finanzgesetzes für 1831/32 vor. Der Art. 6 desselben lautete:

„Von allen Besoldungen der Civilstaatsdiener, welche nach dem 1. Januar 1832 werden verliehen werden, ist der 5. Theil und im Falle die **übrigen** 4/5 tel die Summe von 4500 fl. übersteigen, auch der weitere Betrag Funktionsgehalt und kommt bei Berechnung der Pension des Dieners nicht in Ansatz.

Dasselbe gilt von allen Besoldungszulagen. Wird durch eine Zulage die Besoldung über 4500 fl. erhöht, so ist überdies der ganze Betrag der Zulage, insoweit dadurch die erwähnte Summe überschritten wird, als Funktionsgehalt anzusehen. In die Wittwenkasse werden die Beamten demungeachtet mit ihrer vollen Besoldung, soweit dies nach den Statuten zulässig ist, aufgenommen."

Heft 36 S. 226. 241. 242.

Die Budgetskommission der 2. Kammer berichtete am 29. Dezember 1831 — 2 Tage vor dem Schluß des Landtags — über den Gesetzentwurf.

Heft 37 S. 92.
Beilageheft 10 S. 686—688.

Sie bemerkte über den Art. 6: Derselbe enthalte wichtige Bestimmungen, welche einen doppelten Zweck hätten; die Maßregel, daß von allen nach dem 1. Januar 1832 verliehenen Besoldungen, welche die Summe von 4500 fl. nicht überstiegen, 1/5 tel nur Funktionsgehalt sein solle, werde nach und nach ohne Kränkung bestehender Rechte die so wünschenswerthe Erleichterung des Pensionsfonds bewirken und zur Folge haben, daß sich die Staatsdiener nicht mehr so leicht und so gern pensioniren lassen würden (!); der weitere Theil des Artikels, wornach, wenn die **übrigen** 4/5 tel der Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigen, **auch** der **weitere** Betrag Funktionsgehalt sei und bei Berechnung der Pension nicht in Ansatz komme, solle eigentlich (?) nur verhindern, daß die wenigen Männer im Staate, welche als Minister oder als Präsidenten des Justizministeriums und des Oberhofgerichts angestellt würden, **bei ihrer Pensionirung** in keinem Falle auf eine größere Besoldung Anspruch machen könnten, als auf jene eines ältesten Staatsraths, die seither 4500 fl. gewesen sei. „Bei der Pensionirung eines solchen Mannes," fährt der Commissionsbericht fort, „müßte dann natür-

Digitized by Google

licherweise seine eigentliche Besoldung z. B. 4500 fl. nach dem Gesetze behandelt, mithin ⅕tel derselben als Funktionsgehalt betrachtet, die übrigen ⅘tel aber der dieneredikmäßigen Berechnung unterworfen werden *)."

„**Da nach den Eröffnungen des Herrn Finanzministers der Art. 6 diesen Zweck haben soll**(!), so glaubt die Commission folgende veränderte, den Zweck **deutlicher** bezeichnende **Fassung** (!) vorschlagen zu müssen:

Art. 6: Von allen Besoldungen und Besoldungszulagen ist der 5. Theil Funktionsgehalt. Von Besoldungen über 4500 fl. ist der 5. Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt. Der Funktionsgehalt fällt weg, wenn dem Diener eine Stelle übertragen wird, mit welcher keine diesen Betrag übersteigende Besoldung verbunden ist. Bei Berechnung der Pension der Diener wird nur die Besoldung nach Abzug des Funktionsgehalts zu Grunde gelegt. In die Wittwenkasse werden die Diener demungeachtet mit ihrer vollen Besoldung, soweit dies nach den Statuten zulässig ist, aufgenommen. Die vorstehenden Bestimmungen über die Funktionsgehalte sind nur auf die Besoldungen und Besoldungszulagen anwendbar, welche nach dem 1. Januar 1832 verliehen wurden."

Bei der Diskussion in der zweiten Kammer wurde der Art. 6 nach dem Antrag der Kommission mit der Modifikation, daß er nur die Besoldungen der Civilstaatsdiener betreffen solle, angenommen, nachdem der Finanzminister erklärt hatte, er sei mit der Fassung der Commission vollkommen einverstanden, habe dies schon in der Commission erklärt und müsse nur darauf bestehen, daß der Artikel auf die Civilstaatsdiener beschränkt bleibe, — nicht auf die Militärdiener ausgedehnt werde.

Heft 37 S. 92. 103.
Beilageheft 10 S. 758. 763.

Die 1. Kammer nahm den Artikel ebenfalls an, und so wurde er ein Theil des Finanzgesetzes vom 31. Dezember 1831 (Reggsbl. 1832 No. 1).

Das für die Jahre 1833/34 gegebene Finanzgesetz vom 13. November 1833 (Reggsbl. No. 40) wiederholte die im Art. 6 des Gesetzes vom 31. Dezember 1831 enthaltenen Bestimmungen mit der Modifikation, daß auch bei den Besoldungen der Militärdiener künftighin ⅕tel als Funktionsgehalt anzusehen sei, und daß Besoldungen, welche den Betrag von 600 fl. nicht übersteigen, nicht unter die Gesetzesbestimmung fallen sollten, — einer Modifikation, welche von der 2. Kammer beantragt, von der Regierung zugestanden und von der 1. Kammer genehmigt worden war.

Verhandlungen der Ständeversammlung von 1833
2. Kammer: Beilageheft 4 S. 663. 670.
Heft 23 S. 90.
1. Kammer: 6. Bd. S. 371. 372. —

Die Finanzgesetze für die Jahre 1835/43 blieben in Bezug auf die fraglichen Bestimmungen mit demjenigen vom 13. November 1833 gleichlautend. —

Da bei ihrer Berathung von Seiten der 1. Kammer jeweils geltend gemacht worden war, daß jene Bestimmungen eigentlich kein Gegenstand eines Finanzgesetzes, sondern eines besondern Gesetzes sein sollten, legte die Regierung, welche diese Reklamation für begründet hielt und deren Erledigung bei Berathung des Finanzgesetzes für 1842/43 zugesagt hatte, im Dezember 1843 der 2. Kammer einen aus 7 Artikeln bestandenen Entwurf eines solchen Gesetzes vor und fügte demselben eine Begründung bei, welche — soweit der Inhalt hier einschlägt, — wörtlich lautet:

„Hochgeehrte Herrn!

In das Finanzgesetz vom 31. Dezember 1831 wurden zum erstenmale sechs, die Besoldungen, Pensionen und Bureaukosten betreffende, Artikel aufgenommen, die Art. 6—11.

Sie erscheinen seit dieser Zeit in allen Finanzgesetzen mit einigen unbedeutenden Verbesserungen.

Das neue Finanzgesetz vom 10. September 1842 spricht sie in den Art. 8—13 aus.

An sieben Landtagen hat sich die Regierung veranlaßt gesehen, dieselben den Ständen vorzuschlagen, und diese haben sie jedesmal angenommen.

Nur eine Einwendung wurde jeweils von der 1. Kammer gemacht, nicht gegen die gesetzlichen Bestimmungen, sondern gegen ihre Aufnahme in das Finanzgesetz. Schon lange verlangt sie die Aufnahme derselben in ein eigenes Gesetz.

Die Regierung hält diese Reklamation für begründet,

*) In dieser der Intention des Entwurfs widersprechenden Nutzanwendung scheint ein nicht gehörig beachteter lapsus unterlaufen zu sein!

Digitized by Google

und hat der I. Kammer am Schlusse des letzten Landtags die Erledigung derselben an dem gegenwärtigen zugesagt.

Zu Erfüllung dieser Zusage hat uns S. K. H. der Großherzog beauftragt, Ihnen einen Gesetzesentwurf vorzulegen.

Wir geben uns die Ehre, Ihnen den höchsten Auftrag und den Gesetzesentwurf vorzulesen.

Eine Vergleichung dieses Gesetzesentwurfs mit den Artikeln, welche das Finanzgesetz vom 10. September 1842 enthält, zeigt, daß alle wesentlichen Bestimmungen aufrecht erhalten werden sollen.

Abgesehen von unbedeutenden Redaktionsverbesserungen finden Sie

den Art. 9 in dem Art. 2,
" " 10 " " " 3,
" " 12 " " " 5 wieder.

Bedeutendere Veränderungen sind
in dem Art. 1 gegen 8,
" " " 4 " 11,
" " " 6 " 13 eingetreten, endlich ist eine neue Bestimmung unter Art. 7 hinzugekommen.

Diese Artikel wollen wir näher erörtern und begründen, aber nur in Beziehung auf die vorgeschlagenen Abänderungen; denn überflüssig wäre es, das ursprünglich Begründete, seit mehr als 12 Jahren Bestehende, durch vieljährige Praxis Erprobte, noch einmal zu begründen.

Der erste Artikel spricht im Satz 1 Alles aus, was durch die Sätze 1. 3. 4. 5 u. 6 des Art. 8 des Finanzgesetzes von 1842 gesagt ist*), nur die Bestimmung: „Der Funktionsgehalt fällt weg, wenn dem Diener eine Stelle übertragen wird, mit welcher keine diesen Betrag übersteigende Besoldung verbunden ist," fehlt.

Das nicht ganz adäquate Wort „Funktionsgehalt" konnte füglich wegbleiben.

Der bestimmte einfache Ausspruch, daß bei Ermittlung der Pension eines Staatsdieners ein Fünftheil der seit dem 1. Januar 1832 verliehenen Besoldung und deren ganzer Betrag über 4500 fl. außer Rechnung gelassen werden soll, ersetzt — wie gesagt — den Satz 1, daß 1/5tel der Besoldung Funktionsgehalt sein soll; den Satz 3, daß von Besoldungen über 4500 fl. der 5. Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt sein soll; den Satz 4, daß bei Berechnung der Pension der Diener nur die Besoldung nach Abzug des Funktionsgehalts zu Grunde zu legen sei; den Satz 6, daß die Bestimmungen über die Funktionsgehalte nur auf die Besoldungen und Besoldungszulagen, welche nach dem 1. Januar 1832 verliehen worden sind, oder künftig verliehen werden, Anwendung finden.

Die Fassung des 1. Satzes in Art. 1 macht überdies den Satz 5: „in die Wittwenkasse werden die Diener demungeachtet mit ihrer vollen Besoldung — soweit dieses nach den Statuten zulässig ist — aufgenommen," ganz überflüssig.

Der 2. Satz des Art. 1 ersetzt nicht nur den 2. Satz des Art. 8 des Finanzgesetzes von 1842, sondern bevollständigt denselben. Er füllt eine Lücke aus, denn nach dem Wortlaut des Gesetzes hätte man allen Dienern, die Besoldungen über 600 fl., und unter 750 fl. hatten, eine geringere Pension als denjenigen, die nur 600 fl. bezogen, anweisen müssen, was, als dem Geiste des Gesetzes zuwider, freilich nicht geschehen ist.

Sie werden sich überzeugen, daß die neue Redaktion eine Verbesserung ist.

Die Bestimmung: „Der Funktionsgehalt über 4500 fl. fällt weg, wenn dem Diener eine Stelle übertragen wird, mit welcher keine diesen Betrag übersteigende Besoldung, verbunden ist" — wurde in den Gesetzentwurf nicht wieder aufgenommen, weil kein Gesetz die für die Staatsämter zulässigen Besoldungen bestimmt, und Fälle eintreten können, wo durch Verwilligung einer höheren

*) Dieser Art. 8 hatte gelautet:

„Von allen Besoldungen und Besoldungszulagen der Civil- und Militär-Staatsdiener ist der fünfte Theil Funktionsgehalt.

Besoldungen, welche den Betrag von 600 fl. nicht übersteigen, und Zulagen, durch welche die Besoldungen über diese Summe nicht erhöht werden, fallen nicht unter dieses Gesetz.

Von Besoldungen über 4500 fl. ist der fünfte Theil dieser Summe und der ganze, dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt. Der Funktionsgehalt über 4500 fl. fällt weg, wenn dem Diener eine Stelle übertragen wird, mit welcher keine, diesen Betrag übersteigende Besoldung verbunden ist.

Bei Berechnung der Pension der Diener wird nur die Besoldung, nach Abzug des Funktionsgehaltes, zu Grunde gelegt.

In die Wittwenkasse werden die Diener demungeachtet mit ihrer vollen Besoldung — soweit dieses nach den Statuten zulässig ist — aufgenommen.

Die vorstehenden Bestimmungen über die Funktionsgehalte sind nur auf die Besoldungen und Besoldungszulagen anwendbar, welche nach dem 1. Januar 1832 verliehen worden sind, oder künftig verliehen werden."

Digitized by Google

Besoldung als die faktisch bestehende, eine Ersparniß für den Besoldungs- und Pensionsetat zusammen erzielt werden kann.

Wenn dies aber auch nicht wäre, so macht schon die Seltenheit der Fälle, wo man einem höherem Staatsbeamten ein untergeordnetes Amt ohne Unbilligkeit übertragen kann, eine gesetzliche Bestimmung überflüssig ꝛc.

Der 7. Artikel des Entwurfs beschränkt die Wirksamkeit dieses Gesetzes auf die nächsten 5 Jahre. Bis jetzt waren die Bestimmungen desselben als Bestandtheile des Finanzgesetzes jeweils nur für 2 Jahre wirksam.

Die Regierung konnte sie nach Abfluß jeder Budgetperiode außer Wirksamkeit setzen. Sie hofft, daß es ihr in dem Zeitraum von 5 Jahren möglich werden dürfte, die früher schon mehrfach angeregte Revision des Dieneredikts unter ständischer Mitwirkung in einer Weise zu Stande zu bringen, welche die Hauptbestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs für die Zukunft überflüssig macht.

Bis dahin wird das Gesetz, das wir ihnen überbracht, wie seit 12 Jahren, von unverkennbarem Nutzen für das Land sein, daher wir an der Annahme desselben in dieser und in der andern Kammer nicht im Geringsten zweifeln können."

Die Commission der 2. Kammer erklärte in ihrem Bericht über den Art. 1: „Dieser Artikel spricht Alles aus, was in Art. 8 des Finanzgesetzes vom 10. September 1842 enthalten ist; auch sieht ihn die Commission wirklich für eine Verbesserung der frühern Redaktion an und ist sofort mit dem, was die Regierungsmotive dießfalls erwähnen, einverstanden,"

Verh. der St.V. von 1843. Achtes Beilageheft lit. a S. 151,

und bei der Diskussion in der Kammer selbst wurden nur die Worte „Civil- und Militärdiener" beanstandet, indem ein Abgeordneter, nachdem er zuvor erklärt hatte:

„Dieser Artikel gehört zu denen, welche unverändert oder nur mit unbedeutender Aenderung der Fassung aus dem Finanzgesetz herübergenommen werden sollen,"

den Antrag stellte, jene Worte durch die auch im Finanzgesetz gebrauchten Worte: „Civil- und Militärstaatsdiener" zu ersetzen — einen Antrag, welchen die Kammer annahm, nachdem ein Mitglied der Commission mit Billigung des Berichterstatters geltend gemacht hatte, daß die Commission von der Ansicht ausgegangen sei, bei einem Gesetzentwurf, durch welchen auf die Aufforderung der 1. Kammer mehrere Artikel aus dem seitherigen Finanzgesetz entnommen werden sollten, so wenig Aenderungen in der Fassung als möglich zu machen, weil man geglaubt habe, es würde dann ein solches Gesetz, welches schon seit 13 Jahren im Finanzgesetz enthalten gewesen sei, eher Eingang und Genehmigung finden.

Verh. der St.V. von 1843. Erstes Protokollheft S. 285 ff.

Die Commission der 1. Kammer erklärte in ihrem Bericht:

„Der Art. 1 ist von der 2. Kammer unverändert angenommen worden; um schon Gesagtes nicht zu wiederholen, verweisen wir auf die Motive der Regierung, welche über die veränderte Redaktion das Nähere enthalten: Die Commission erkennt an, daß die Redaktion dieses Artikels gegenüber derjenigen, welche der entsprechende Art. 8 des letzten Finanzgesetzes enthielt, eine verbesserte zu nennen ist; es ist augenscheinlich die Absicht des Gesetzes, durch die Anordnungen des ersten Artikels den Pensionsetat möglichst zu erleichtern, und man muß diese Absicht als löblich anerkennen."

Verh. der St.V. von 1843/44. Erste Kammer Zweites Beilageheft S. 121 ff.

Bei der darauf gefolgten Diskussion in der 1. Kammer — wobei der Finanzminister erklärte, daß es sich nur um eine Verlängerung des schon seit dem Jahre 1831 andauernden Provisoriums auf weitere 4 Jahre handle, indem eine Revision des Dieneredikts in Aussicht stehe, wurde von keiner Seite ein Anstand gegen jene Auffassung der Commission erhoben. (2. Protokollheft S. 82 ff.)

Die in Art. 4 des in No. 17 des Reggsbl. vom Jahre 1844 S. 133. 134 verkündeten Gesetze vom 3. August 1844 ausgesprochene Zusage, daß dessen Wirksamkeit mit Ablauf des Jahres 1848 erlösche, wenn nicht vor dieser Zeit eine Vereinbarung zwischen der Regierung und den Ständen über die Fortdauer desselben für einen weiteren Zeitraum zu Stande kommen sollte, wurde jedoch nicht eingehalten, sondern jenes Gesetz bleibt nach Art. 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 1848 (Reggsbl. No. 82 S. 471) bis zu einer Vereinbarung mit den Ständen über eine Revision des Dieneredikts vom 30. Januar 1819 in Kraft.

Digitized by Google

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, bei großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 24. Dezember 1866 (mit Stimmenmehrheit), indem es aussprach, die Auslegung, welche Kläger dem Art. 1 des Gesetzes vom 3. August 1844 gebe, könne aus folgenden Gründen nicht als gerechtfertigt angesehen werden:

„Nach der Auffassung des Klägers ist hiermit (sc. mit Art. 1) verordnet:

a) daß bei Ermittlung der Pensionen von allen, seit 1832 verliehenen Besoldungen — auch von den die Summe von 4500 fl. übersteigenden — $^1/_5$tel außer Rechnung gelassen, also nur $^4/_5$tel in Rechnung verbleiben sollen, und weiter,

b) daß bei den — die Summe von 4500 fl. übersteigenden — Besoldungen der ganze Ueberschuß über 4500 fl. auszuscheiden, also der Betrag von 4500 fl. in Rechnung zu belassen sei.

Hiernach soll die Pension eines Staatsdieners, welcher — wie der Kläger — eine Besoldung von 6000 fl. bezogen hatte, in der Weise zu berechnen sein, daß

nach a) $^1/_5$tel der 6000 fl. mit 1200 fl. ausgeschieden, folglich ein Betrag von 4800 fl. in Rechnung belassen, und

nach b) hievon noch der Ueberschuß über 4500 fl. mit 300 fl. gestrichen wird,

somit ein Betrag von 4500 fl. in Rechnung verbleibt, woran sodann noch die nach §. 6 des Dieneredikts vorgeschriebenen Abzüge stattfinden.

Es ist nun allerdings anzuerkennen, daß diese Auslegung des Gesetzes seinem Wortlaut entspricht, wenn man davon absieht, daß sich dasselbe im zweiten Satzglied des Wortes „Besoldung“ bedient, während seine Fassung hätte dahin lauten müssen: „ebenso der Betrag, um welchen der nach Abzug des $^1/_5$tel verbleibende Rest der Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigt.“

Sein Wortlaut läßt aber auch eine andere Auslegung zu, — eine Auslegung, welche davon ausgeht, daß die im 2. Theil des Satzes vorkommenden Worte: „der ganze Betrag“ dem nach dem 1. Theil abzuziehenden Fünftel entgegengesetzt sind. Darnach stellt der 1. Theil die allgemeine Regel auf, daß bei Ermittlung der Pensionen $^1/_5$tel der Besoldungen außer Rechnung zu lassen sei; der 2. Theil des Satzes modifizirt aber diese Regel hinsichtlich der — die Summe von 4500 fl. übersteigenden — Besoldungen; er verordnet nämlich, daß, insoweit diese Besoldungen die Summe von 4500 fl. übersteigen, nicht blos $^1/_5$tel, sondern der **ganze** Betrag, d. h. $^5/_5$tel außer Rechnung bleiben sollen, — während es hinsichtlich ihrer, insoweit sie jene Summe nicht übersteigen, bei der Regel des 1. Satztheils, d. h. bei dem Abzug von $^1/_5$tel sein Bewenden behält.

Hiernach wäre bei Ermittlung der Pension eines Dieners, welcher eine Besoldung von 6000 fl. bezogen hatte, bis zum Betrag von 4500 fl. $^1/_5$tel, also eine Summe von 900 fl. abzuziehen, — insoweit aber die Besoldung den Betrag von 4500 fl. noch übersteigt, nicht blos $^1/_5$tel, sondern der ganze Betrag außer Rechnung zu lassen.

In dieser Weise aufgefaßt, läßt das Gesetz die Beklagterseits aufgestellte Berechnung der Pension des Klägers als gerechtfertigt erscheinen.

Liegt hiernach eine Zweideutigkeit seines Wortlauts vor, so muß auf die übrigen noch vorhandenen Hilfsmittel der Auslegung rekurrirt werden *), um zu ermitteln, welche von den zwei verschiedenen Auslegungen, deren das Gesetz nach seinem Wortlaut empfänglich ist, der Absicht des Gesetzgebers entspricht.

Die Anwendung dieser Hilfsmittel ergibt nun, daß diejenige Auslegung den Vorzug verdient, nach welcher bei den — die Summe von 4500 fl. übersteigenden — Besoldungen nicht allein der ganze Ueberschuß über die 4500 fl., sondern auch noch $^1/_5$tel dieser Summe außer Rechnung bleibt.

Findet nämlich diese Auslegung eine Unterstützung schon darin, daß auch nach den Bestimmungen, welche die für die Jahre 1831 bis 1843 erlassenen Finanzgesetze über die Besoldungen und Pensionen der Staatsdiener enthielten, bei Ermittlung der Pensionen

---

*) Gegenüber der klägerischen Behauptung, daß bei einem sprachlich unzweideutigen Wortsinn des Gesetzes alle weitere Auslegung zu schweigen habe, daß man dann namentlich keine außerhalb des Gesetzes liegende Momente, so auch nicht die seiner Erlassung vorhergegangenen Kammerverhandlungen berücksichtigen dürfe, wurde von Seiten eines Stimmführers auf die in

Stabel's Vorträgen über das französische und badische Civilrecht §. 24 S. 85 und 86

enthaltene Ausführung über das Verhältniß der logischen zur grammatischen Interpretation, sowie auf Brauer's Erläuterungen zum L.R.S. 1156a (Bd. III. Seite 101. 102) und auf die Aehnlichkeit zwischen den daselbst erwähnten „Unterhandlungsurkunden“ und den der Erlassung eines Gesetzes vorausgegangenen Landtagsverhandlungen hingewiesen.

Digitized by Google

nicht allein der etwaige Ueberschuß der Besoldungen über 4500 fl., sondern auch ¹/₅tel dieser Summe abzurechnen war, — und daß das Gesetz vom 3. August 1844, indem es an die Stelle jener Bestimmungen trat, also den Charakter eines correktorischen an sich trägt, im Zweifel so auszulegen ist, wie es sich am wenigsten von dem bis dahin bestandenen Rechte entfernt, — so wird die Richtigkeit jener Auslegung auch durch den Inhalt der Verhandlungen bestätigt, welche über den Entwurf des Gesetzes zwischen den Faktoren der Gesetzgebung stattbatten, indem daraus hervorgeht, daß die großh. Regierung bei dem Entwurf keine Aenderungen der in den früheren Finanzgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Berechnung der Pensionen beabsichtigte, vielmehr diese Bestimmungen durch den Art. 1 des Gesetzes nur in anderer, abgekürzter Form wiedergeben wollte, und daß auch die beiden Ständekammern bei Genehmigung des Entwurfs von der Unterstellung einer bloßen Redaktionsänderung ausgingen.

Kläger nimmt zwar an, daß der Entwurf — ungeachtet er nach seiner Begründung durch den damaligen Finanzminister

(Verh. der St.V. von 1843. Achtes Beilageheft lit. a S. 79—82.)

nur den Zweck hatte, die in den Finanzgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Besoldungen und Pensionen der Staatsdiener und über die Vertheilung der Ersparnisse an Gehalten und Bureaukosten nach den früheren Anträgen der 1. Kammer in einem besondern selbstständigen Gesetze wiederzugeben — nichts desto weniger erhebliche Aenderungen an deren materiellem Inhalt in sich begriffen habe, und es ist auch dem Kläger einzuräumen, daß der Entwurf, wie schon eine Vergleichung seines Art. 1 mit dem zweiten Satz im Absatz 3 des Art. 8 des Finanzgesetzes vom 10. September 1842, und eine Vergleichung seines Art. 4 mit dem Art. 11 desselben Gesetzes zeigt, in der That zum Theil materielle Aenderungen der betreffenden Bestimmungen der Finanzgesetze enthält, so daß unter den „bedeutenderen Veränderungen," welche nach der Erklärung des Finanzministers in den Art. 8. 11 und 13 des Finanzgesetzes von 1842 eingetreten sein sollten, nicht durchweg bloße Redaktionsänderungen verstanden werden können, obgleich es sonst am Nächsten läge, jene Worte als einen bloßen Gegensatz zu den, unbedeutenden Redaktionsverbesserungen aufzufassen, deren der Finanzminister im vorhergegangenen Satze erwähnt hatte, zumal vorher noch weiter bemerkt war, daß der Entwurf alle „wesentlichen Bestimmungen" des Finanzgesetzes aufrecht erhalte.

Immerhin kann es aber keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß der 1. Artikel des Entwurfs, nach der Intention der Regierung lediglich die in Art. 8 des Finanzgesetzes enthaltenen Bestimmungen, insoweit sie die Berechnung der Pensionen betrafen, in abgekürzter Form wiedergeben sollte. Erklärt nämlich der Finanzminister bei der Begründung der einzelnen Artikel des Entwurfs, daß der erste Satz desselben Alles ausspreche, was durch die Sätze 1. 3. 4. 5 und 6 des Art. 8 des Finanzgesetzes gesagt sei, ausgenommen diejenige Bestimmung des dritten Satzes, nach welcher der Funktionsgehalt bei Versetzung eines Dieners unter Umständen wegfallen sollte — so ist, weil bezüglich des übrigen Theils des dritten Satzes keine Aenderung angedeutet wurde, anzunehmen, daß auch die Bestimmung, wornach bei Besoldungen über 4500 fl. der fünfte Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag bei der Pensionsberechnung abzuziehen war, aufrecht erhalten und in den Entwurf aufgenommen werden wollte. Dies findet denn auch seine Bestätigung durch die vom Finanzminister hinzugefügte Erläuterung, daß der erste Satz des Entwurfs — mit Weglassung des ungeeigneten Wortes „Funktionsgehalt" und des überflüssig gewordenen Satzes 5 in Art. 8 — durch seinen bestimmten einfachen Ausspruch nicht allein die Sätze 1. 4 und 6 jenes Artikels, sondern auch die im dritten Satze enthaltene Bestimmung über die Größe des Funktionsgehalts bei Besoldungen über 4500 fl. „ersetze." Denn unter dem Worte „ersetzen" kann hier nur die Substituirung eines andern gleichbedeutenden Ausdrucks verstanden werden, wie nicht allein daraus hervorgeht, daß jener „bestimmte einfache Ausspruch" des Entwurfs zugleich den Satz 6 im Art. 8 „ersetzen" sollte, in Bezug auf welchen er zweifellos nur eine Redaktionsänderung enthält, — sondern auch daraus zu entnehmen ist, daß sich der Finanzminister des Wortes „ersetzen" in der gleichen Bedeutung bei Erörterung des 2. Satzes des Entwurfs, welcher die Besoldungen bis zu 600 fl. betrifft, bedient, wie er denn auch durch die Worte: „wie gesagt," — die er bei Erläuterung des ersten Satzes dem Ausdruck „ersetzt" hinzufügt, und durch welche er sich auf seinen frühern Ausspruch über das

Digitized by Google

Zusammenfassen des in den Sätzen 1. 3. 4. 5 und 6 des Art 8 Gesagten zurückbezieht — deutlich zu erkennen gibt, daß er unter dem Ersetzen der in diesen Sätzen enthaltenen Bestimmungen durch den ersten Satz des Entwurfs nur ihr Wiedergeben in einem einzigen Satze, also eine bloße Redaktionsänderung verstand. — Nimmt man noch hinzu, daß der Minister zu Anfang ausdrücklich erklärt hatte, er werde die im Entwurf enthaltenen Aenderungen der betreffenden Bestimmungen des Finanzgesetzes näher erörtern und begründen, und daß er dies auch im Verlauf seines Vortrags und zwar sogar in Bezug auf Redaktionsänderungen, die kaum einer Erläuterung bedurft hätten, that, aber eine materielle Aenderung der im 3. Satz des Art. 8 enthaltenen Bestimmung, wie sie Kläger im 1. Satz des Entwurfs findet, mit keinem Wort hervorhob, noch weniger erörterte und begründete, so ist nicht zu bezweifeln, daß er eine derartige Aenderung nicht beabsichtigte, vielmehr die in den frühern Finanzgesetzen enthaltenen Bestimmungen über die Berechnung der Pensionen aufrecht erhalten wollte.

Kläger macht zwar dem gegenüber geltend, es habe der nämliche Finanzminister schon im Jahre 1831 in den Entwurf des damaligen Finanzgesetzes die Bestimmung aufgenommen gehabt, daß von allen seit dem 1. Januar 1832 verliehenen Besoldungen der 5. Theil und im Falle die übrigen $4/5$ die Summe von 4500 fl. überstiegen, auch der weitere Betrag Funktionsgehalt sein und bei Berechnung der Pension nicht in Ansatz kommen sollte.

Verhandl. der Ständeversammlung im Jahre 1831 Heft 36 S. 226. 241. 242.

Es kann jedoch hierauf um so weniger Gewicht gelegt werden, als der Finanzminister bei der Berathung jenes Entwurfs die von der Budgetscommission beantragte Aenderung, wodurch neben dem Ueberschuß über 4500 fl. auch $1/5$ dieser Summe als Funktionsgehalt erklärt wurde, genehmigte und ausdrücklich als eine solche anerkannte, welche dem von ihm beabsichtigten Zweck entspreche.*)

Verh. der Ständeversf. im Jahre 1831 Beil.Heft 10 Seite 686—688, Heft 37 S. 92. 103, Beil.H. 10 S. 758. 763.

*) Siehe S. 107 Note.

Wie hiernach die großh. Regierung beim Entwurf des Gesetzes vom 3. August 1844 keine Aenderung an den frühern Bestimmungen über Berechnung der Pensionen beabsichtigte, so erblickten auch die beiden Ständekammern im Art. 1 des Entwurfs nur eine verbesserte Redaktion jener Bestimmungen. Es geht dies aus den Berichten ihrer Commissionen hervor, worin der Art. 1 mit ausdrücklichen Worten als eine verbesserte Redaktion des Art. 8 des Finanzgesetzes von 1842 erklärt wurde, — und ist ebenso den Aeußerungen mehrerer Mitglieder bei den Diskussionen zu entnehmen,

Verh. der Ständeversf. von 1843 8. Beilageheft lit. a S. 151, 1. Protokollh. S. 285 ff. Verh. der Ständeversf. von 1843/44 erste Kammer 2. Beilageh. S. 121 ff. und 2. Protokollheft S. 82 ff.,

wie denn auch nicht entfernt anzunehmen ist, daß die Kammern, und namentlich die zweite Kammer, welche seit dem Jahre 1831 stets auf Verminderung der Pensionslast bedacht war,

Verh. der Ständeversf. von 1831 Heft 35 S. 260,

eine Erhöhung derselben, und gar eine solche, welche nur hoch besoldeten Beamten zu gut gekommen wäre, ohne Weiteres genehmigt haben sollte.

Kläger macht zwar gegenüber dieser aus den Landtagsverhandlungen geschöpften Auslegung des Art. 1 noch den gleichfalls im damaligen Gesetzentwurf enthalten gewesenen, aber auf Veranlassung der ersten Kammer verworfenen Art. 6 — wornach Pensionen über 4000 fl. nur wegen außerordentlicher Fälle bewilligt werden sollten — geltend, indem er es für unerklärlich hält, daß die Regierung durch den Art. 1 des Entwurfs den Maximalbetrag einer Pension auf 3600 fl. reduzirt haben sollte, während sie nach Art. 6 desselben Entwurfs und nach der dazu gegebenen Motivirung das Fortbestehen des dieneredittmäßigen Pensionsmaximums im Betrag von 4000 fl. anerkannt habe.

Allein der anscheinende Widerspruch löst sich bei der Erwägung, daß für die vor dem Jahre 1832 angestellten Diener das Pensionsmaximum immer noch 4000 fl. betrug, und daß es gerade diese Diener waren, für welche der Art. 6 in dem Zeitraum von 1844 bis 1848, auf den sich seine Giltigkeit nach damaliger Bestimmung beschränken sollte, voraussichtlich praktisch werden konnte."

Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 15.**

46.

Wie wird die Pension aus einer Besoldung berechnet, welche den Betrag von 4500 fl. übersteigt?

Gegen die unter Ziff. 45 der No. 14 der Annalen mitgetheilte Entscheidung dieser Frage spricht sich der nachfolgende Aufsatz aus:

Da durch das oben mitgetheilte Urtheil nicht nur ein einzelner Rechtsfall in letzter Instanz entschieden ist, sondern dasselbe zugleich den Ausspruch über eine Principienfrage von größerer Tragweite enthält, deren endgültige Lösung hierdurch nur bedingt gegeben ist, so dürfte es im Interesse der Sache liegen, die Gründe, worauf sich das oberhofgerichtliche Erkenntniß stützt, einer kurzen Prüfung zu unterziehen.

Die Entscheidungsgründe erkennen im Eingange an, daß die Auslegung des wörtlich mitgetheilten Art. 1 des Gesetzes vom 3. August 1844, wie sie Kläger gegeben, dessen Wortlaute entspricht, wenn man davon absehe, daß das zweite Satzglied sich des Wortes „Besoldung" statt des „nach Abzug des Fünftels verbleibenden Besoldungsrests" bedient, und vermeiden mit Recht, die klägerische Auslegung deßhalb für unstatthaft zu erklären, indem ja auch der Kläger den ganzen Betrag über 4500 fl. außer Rechnung läßt, und es begreiflich ganz gleichgültig ist, ob das, was als 4500 fl. übersteigend, noch gestrichen werden muß, durch Abzug von der Besoldung oder vom Besoldungsrest ausgeschieden wird, indem hiernach in beiden Fällen 4500 fl. stehen bleiben.

In der That bedarf es der juristischen Hermeneutik nicht, um jenes Gesetz seinem klaren unzweideutigen Wortlaute nach zur Anwendung zu bringen; jeder Laie wird sofort darüber schlüssig sein, daß, wenn man von einer Besoldung von 6000 fl. $^1/_5$ außer Rechnung läßt, 4800 fl. verbleiben, und wenn man von derselben ebenso den ganzen Betrag, um den die Besoldung die Summe von 4500 fl. übersteigt, außer Rechnung läßt, eben die letztere Summe von 4500 fl. verbleibt.

Nachdem auf diese Weise die Uebereinstimmung der Worte des Gesetzes mit der klägerischen Auslegung unter einem Vorbehalt anerkannt ist, welchem der Gerichtshof nach der gewählten Fassung selbst keine besondere Bedeutung beilegt, und dessen völlige Unerheblichkeit wohl sofort in die Augen fällt, folgt die Behauptung, daß der Wortlaut des Gesetzes auch eine andere Auslegung zulasse, eine solche, wornach das Gesetz zuerst die allgemeine Regel aufstelle, daß $^1/_5$ der Besoldungen (worunter offenbar nur Besoldungen bis zu 4500 fl. verstanden werden) außer Rechnung zu lassen sei, dann aber diese Regel hinsichtlich der die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldungen (worunter hier also die vollen verwilligten Besoldungen verstanden werden) dahin modificire, daß, insoweit diese Besoldungen 4500 fl. übersteigen, nicht blos $^1/_5$ (welches Fünftel?), sondern der ganze Betrag, d. h. $^5/_5$ (also wohl Fünftel des Besoldungsüberschusses) außer Rechnung bleiben sollen, während es hinsichtlich ihrer, insoweit sie jene Summe nicht übersteigen, bei der Regel, d. h. bei dem Abzug von $^1/_5$ (nämlich einer Besoldung bis zu 4500 fl.) sein Bewenden behalte; so aufgefaßt erscheine die fiscalischer Seits aufgestellte Pensionsberechnung als gerechtfertigt.

Wenn das Gesetz wirklich unklar ist, so wird ihm durch diese Explanation wohl nicht zur Klarheit verholfen; wenigstens scheint uns das Gesetz weit klarer als diese Erläuterung. Statt vor allem festzustellen, welchen Begriff das Gesetz mit dem Ausdrucke „Besoldung" und folgeweise mit dem „ein Fünftel" verbindet und diesen sodann folgerichtig zur Anwendung zu bringen, begreift jene Erläuterung unter dem Ausdrucke „Besoldung" bald die volle Besoldung, bald die Besoldung bis zum Betrage von 4500 fl., beziehungsweise diesen Besoldungsrest; sodann versteht sie unter dem abzuziehenden Fünftel bald das Fünftel der Besoldung bis zu 4500 fl. oder — bei höhern Besoldungen — des Besoldungsrests von 4500 fl., bald das Fünftel des Ueberschusses über 4500 fl., auch vielleicht einmal das Fünftel der vollen Besoldung, — wofern es nur eben das Fünftel ist!

Dabei konnte doch unmöglich entgehen, daß das „ein Fünftel" eine relative Größe ist, die von einer andern Größe abstammt und dadurch erst ihre Werthbe-

Digitized by Google

stimmung erhält. Sollte etwa das Gesetz diese Größe nicht bezeichnet haben und dadurch verschiedener Auslegung Raum geben? Keineswegs! Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß bei Ermittelung der Pension $\frac{1}{5}$ von der seit 1832 verliehenen Besoldung außer Rechnung zu lassen ist, und bezeichnet dadurch ganz klar diese Besoldung als den Minuendus und ihr Fünftel als den Subtrahendus. Wenn man mit einem andern als dem von dem Gesetz bezeichneten, und bald mit diesem bald mit jenem Fünftel operirt, so kommt man freilich auch zu einem ganz andern Rechnungsresultate.

Hiernach dürfte kaum verkannt werden, daß die von dem großh. Oberhofgerichte in zweiter Linie zugelassene Auslegung des Gesetzes von 1844, als mit dessen Wortlaut unvereinbar und in sich widersprechend, unstatthaft, und das Gesetz demnach in der That nur einer Auslegung fähig ist. Denn die Worte eines Gesetzes sind das sicherste äußere Zeichen der Willensmeinung des Gesetzgebers, — sicherer als alle aus der Genesis des Gesetzes entnommenen Momente, daher die Ansicht der Rechtslehrer im Allgemeinen dahin geht, daß, wo der Wortlaut des Gesetzes klar ist und keinem gegründeten Zweifel Raum gibt, dasselbe unbedingt nach diesem Wortlaute zur Anwendung zu bringen ist. Unbedenklich für die Rechtsanwendung ist übrigens auch die Savigny'sche Theorie, wonach der offenbar unrichtige Ausdruck — als Mittel — dem wirklichen Gedanken des Gesetzgebers — als dem Zwecke — nachzusetzen, und vorzugsweise Letzterer zur Geltung zu bringen ist, wofern man nur diese Theorie im Geiste Savigny's zur Anwendung bringt und nicht übersieht, welche besondere Vorsicht dieser große Rechtslehrer hierbei gebietet, indem diesfalls gerade dem nächsten und natürlichsten Erkenntnißmittel für den Gedanken — dem Ausdrucke — der Glauben versagt werde, was nur zulässig sei, wenn die vorausgesetzte Thatsache — Abweichung des Gedankens vom Ausdrucke — zur Gewißheit erhoben werde, und wie ernstlich er warnt, daß nicht der Richter, statt des bloßen Buchstabens den wirklichen Inhalt des Gesetzes zu verbessern unternehme und sich dadurch über den Gesetzgeber stelle.

Der Gedanke des Gesetzes von 1844 liegt übrigens plan vor und findet in Rechnungssachen in gleich einfacher Weise häufig seinen Ausdruck: man zieht von der gegebenen Summe einen Theilbetrag ab und weiter alles, was dabei noch eine bestimmte Summe überschreiten könnte, die als Maximum bezeichnet wird, das in Rechnung bleiben darf. Den Betrag von 4500 fl. als Maximum hinstellen, während man das Maximum doch nur auf 3600 fl. bestimmen wollte, — die höchste Summe, welche nach der oberhofgerichtlichen Gesetzesauslegung bei Ermittlung der Pensionen zu Grund gelegt werden darf — wäre doch an sich schon ganz abnorm!

Doch das großh. Oberhofgericht hat nun einmal gefunden, daß eine Zweideutigkeit des Wortlauts des Gesetzes von 1844 vorliege und recurrirt deßhalb auf die Hilfsmittel der Auslegung, um zu ermitteln, welche der zwei verschiedenen Auslegungen der Absicht des Gesetzgebers entspreche. Das Resultat dieser Untersuchung ist: „daß diejenige Auslegung den Vorzug verdiene, nach welcher bei den, die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldungen nicht allein der ganze Ueberschuß über die 4500 fl., sondern auch noch $\frac{1}{5}$ dieser Summe außer Rechnung bleibe." Es ist daher von Interesse zu prüfen, auf welchem Wege der Gerichtshof dazu gelangte, dem $\frac{1}{5}$ der verliehenen Besoldung, — wie das Gesetz besagt — das $\frac{1}{5}$ des Besoldungsrestes von 4500 fl. zu substituiren.

Für diese Auslegung wird sich zunächst darauf berufen, daß auch nach der in den Finanzgesetzen von 1831 bis 1843 enthaltenen Bestimmung bei Ermittelung der Pension in der von großh. Oberhofgericht beliebten Weise verfahren worden, und das Gesetz vom Jahr 1844 als correktorisches im Zweifel so auszulegen sei, wie es sich am wenigsten von dem bisher bestandenen Rechte entferne.

In dieser Beziehung hat Kläger unumwunden zugegeben, daß nach den besagten Finanzgesetzen dieses Verfahren allerdings gerechtfertigt war, da in denselben gleichlautend bestimmt ist: daß von allen Besoldungen der fünfte Theil, von Besoldungen über 4500 fl. der fünfte Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt sei, bei Berechnung der Pension aber nur die Besoldung, nach Abzug des Funktionsgehalts, zu Grund zu legen sei. Bei Vergleichung dieser Bestimmung mit dem Gesetze von 1844 dürfte kaum ein Zweifel darüber obwalten, daß Letzteres bezüglich der 4500 fl. nicht übersteigenden Besoldungen das Gleiche verfügt, indem forthin $\frac{1}{5}$ der Besoldungen, wenn auch nicht mehr unter Bezeichnung als Funktionsgehalt, außer Rechnung bleiben soll, daß dagegen bezüglich der die Summe von 4500 fl. über-

Digitized by Google

schreitenden Besoldungen nicht weiter bestimmt ist, daß $^1/_5$ dieser Summe sammt dem Ueberschuß „Funktionsgehalt" und als solcher bei Berechnung der Pension außer Acht zu lassen sei; das Gesetz von 1844 läßt vielmehr auch für die 4500 fl. überschreitenden Besoldungen den Charakter als Besoldung in ihrem verwilligten vollen Betrage bestehen und bestimmt vielmehr, daß $^1/_5$ dieser Besoldung außer Rechnung zu lassen sei, sagt also in dieser Beziehung offenbar etwas ganz anderes, als die Finanzgesetze. Statt von einem restrictiv zu interpretirenden korrectorischen Gesetze zu sprechen, wäre wohl eher der Satz am Platze gewesen: lex posterior derogat priori. Uebrigens entfernt sich das Gesetz von 1844 — nach seinem Wortlaute aufgefaßt — sogar weniger von dem bestehenden Rechte als das frühere Finanzgesetz; denn das bestehende Recht ist offenbar das verfassungsgemäße Dieneredikt, welches durch das Finanzgesetz nicht eigentlich abgeändert, sondern in seiner Wirksamkeit nur vorübergehend jeweils auf zwei Jahre in einzelnen Punkten beschränkt wurde, dessen volle Wirksamkeit aber nach Ablauf der betreffenden Finanzperiode von selbst wieder eintrat, in soweit nicht die eine oder andere jener Beschränkungen in das neue Gesetz ausdrücklich wieder aufgenommen worden war.

Wie ist es aber überhaupt denkbar, daß der Gesetzgeber, der in den Finanzgesetzen seinen Gedanken über Berechnung der Pensionen höherer Staatsdiener klar und unzweideutig ausgesprochen hat, in dem neuen Gesetze, lediglich um das Gleiche zu sagen, einen Ausdruck gewählt habe, von dem das großh. Oberhofgericht in gewissem Maaße selbst anerkennt, daß dessen Buchstabe der Auslegung des Klägers entspreche, also das Gegentheil von dem besage, was er nach gegentheiliger Ansicht besagen wollte, und bezüglich dessen es nur juristischem Scharfsinne gelingen mag, dasselbe als zweideutig darzustellen? Um diesen Widerspruch zu erklären, recurriren die Entscheidungsgründe auf die ständischen Verhandlungen, auf welchem Wege wir ihnen gerne folgen, da die Kenntniß der historischen Entstehung eines Gesetzes allerdings zu dessen richtiger Auffassung beizutragen geeignet ist.

Werfen wir zunächst einen Blick auf diese Verhandlungen im Allgemeinen, so ergibt sich hieraus — wie dies in der dem großh. Oberhofgerichte vorgelegten ersten Denkschrift des Klägers unter No. II. ausführlich und unter Hinweisung auf die Kammerprotokolle nachgewiesen ist, — daß die großh. Regierung schon bei Vorlage des Finanzgesetzes von 1831 den bezüglichen Artikel dahin vorgeschlagen hatte: „Von allen Besoldungen ist der fünfte Theil, und im Falle die übrigen $^4/_5$ die Summe von 4500 fl. übersteigen, auch der weitere Betrag Funktionsgehalt und kommt bei Berechnung der Pension nicht in Ansatz." — eine Bestimmung, die vollkommen im Einklange steht mit Art. 1 des Gesetzes von 1844, wie solchen der Kläger auffaßt. Die Abänderung, welche die Budgetscommission der zweiten Kammer damals im letzten Augenblicke der Budgetsberathung dahin bewirkte, daß der Abzug des Fünftels, der — zufolge der Eigenschaft als Funktionsgehalt — regelmäßig an der Besoldung erfolgen sollte, bei höhern Besoldungen nicht von der verwilligten Besoldung, sondern von der durch weitern Funktionsgehalt bereits auf 4500 fl. reducirten eigentlichen Besoldung stattzufinden habe, involvirt nun allerdings eine Herabsetzung des verfassungsmäßigen Pensionsmaximums von 4000 fl. auf 3600 fl. Dieser nur durch den Vollzug einer Berechnung evident werdenden Herabsetzung war sich aber die Kammer bei der Zustimmung offenbar nicht bewußt, was dadurch documentirt ist, daß sie sofort am folgenden Tage die Militärdienerpragmatik annahm, in deren Art. 7 das Pensionsmaximum für die Militärdiener aus dem Grunde auf 4000 fl. festgestellt wurde, um Militär- und Civildiener gleichzustellen, und daß sie gleichzeitig unterm 19. und 30. Dezbr. 1831 eine besondere Adresse auf Vorlage eines Gesetzesentwurfs votirte, durch welchen — neben andern Modifikationen des Dieneredicts — die höchste Pension für beide Classen von Dienern gegen die bisherige Summe von 4000 fl. gemindert werde.

Hierdurch ist nachgewiesen, daß die Kammer auch nach Genehmigung des Finanzgesetzes von 1831 das verfassungsmäßige Pensionsmaximum von 4000 fl. noch für fortbestehend hielt, daß sie zwar dessen Minderung wünschte, dieselbe aber nicht so nebenbei, sondern nur auf gesetzlichem — verfassungsmäßigem — Wege in unsere Gesetzgebung einführen wollte. Hieraus soll keineswegs gefolgert werden, daß das Finanzgesetz nicht nach seinem Wortlaut vollzogen werden mußte, sondern nur, daß man das ganz anders lautende Gesetz von 1844 nicht — wie vom großh. Oberhofgerichte geschehen — mit Bezug auf die angebliche Intention der Kammer gegen seinen Wortlaut vollziehen dürfe.

Digitized by Google

Die hiernach ohne Absicht in den Wortlaut des Finanzgesetzes übergegangene Herabsetzung des durch ein Verfassungsgesetz festgestellten Pensionsmaximums war übrigens anfangs ziemlich gleichgültig; denn sie konnte — da sie nur auf solche höchste Staatsbeamte Bezug hatte, die erst nach dem Jahre 1831 hierzu ernannt und dann wieder pensionirt wurden — auf eine längere Reihe von Jahren hin nicht wohl zur Anwendung kommen, und kam auch in der That bis 1844 nicht zur Anwendung; sie würde aber später zum Vollzug gekommen sein, wenn sie nicht durch die anderweite Fassung des Gesetzes von 1844 wieder beseitigt worden wäre. Was ist natürlicher, als daß der Finanzminister, als es sich im Jahre 1844 darum handelte, die nicht in das Finanzgesetz gehörigen Bestimmungen durch ein selbstständiges Gesetz festzustellen, in dieses, rücksichtlich des Pensionsmaximums, nicht die von dem Regierungsentwurf abweichende und gleichsam improvisirte Bestimmung von 1831 eintrug, sondern auf seinen ursprünglichen Vorschlag zurückkam, und daß ihm die Kammer in dieser Beziehung nicht entgegen trat! Nicht nur der Inhalt des Gesetzes von 1844, sondern auch seine Motivirung bestätigt, daß dessen veränderte Fassung, neben dem ganz untergeordneten Zwecke einer kürzern Fassung, auch die Beseitigung eines nicht beabsichtigten Eingriffs in einen dieneredictmäßigen Rechtsanspruch — Herabsetzung des Maximums der gesetzlichen Pension von 4000 fl. auf 3600 fl. — im Augehatte. Daß hierneben der Abzug von einem Fünftel aller Besoldungen, dessen Aufhebung die schwierige Regulirung einer neuen Pensionsscala voraussetzte, vorerst belassen wurde, mag — wenn auch für den Augenblick nöthig — doch nicht ganz consequent gewesen sein, dient aber zugleich zur Erklärung, warum auch dieses Gesetz damals als ein transitorisches nur auf vier Jahre gültiges bezeichnet wurde, und der Finanzminister vermied, dessen Verhältniß zur Verfassung von sich aus wieder zur Berathung zu bringen und diejenigen Abänderungen, welche als eine Rückkehr zu verfassungsmäßigen Bestimmungen zu betrachten sind, gerade als solche hervorzuheben.

In der That involvirt das Gesetz von 1844 dadurch, daß es den Ueberschuß der Besoldung über 4500 fl. nicht mehr als „Funktionsgehalt," sondern wieder als wirkliche Besoldung erklärt, mit Nothwendigkeit folgende — für den finanziellen Zweck des Gesetzes freilich sehr unwesentliche Abänderungen der frühern Finanzgesetze:

1) daß die Versetzung eines Dieners die Reduction seiner, die Summe von 4500 fl. übersteigenden Besoldung auf letztern Betrag nicht mehr herbeiführen kann;
2) daß der bei Ermitteluug der Pension angeordnete Abzug eines Fünftels von der „verwilligten Besoldung" und nicht mehr von der Summe von 4500 fl. zu bewirken ist, wodurch das verfassungsmäßige Pensionsmaximum möglicher Weise wieder erreicht werden kann.

Auch machte der Finanzminister auf „bedeutendere Veränderungen," welche namentlich in Art. 1 des Gesetzes gegen Art. 8 und andere des Finanzgesetzes eingetreten, bei Motivirung des Gesetzes noch besonders aufmerksam. Ferner enthielt der Gesetzentwurf einen Artikel, von dem der Finanzminister sagte: „Er spricht klar aus, was man bei dem Art. 13 des Finanzgesetzes beabsichtigte" — und nach welchem Pensionen über 4000 fl. nur wegen außerordentlicher Fälle und mit ständischer Zustimmung bewilligt werden könnten, wobei in den Motiven weiter derjenigen höhern Staatsbeamten erwähnt ist, welche auf dieses gesetzliche Maximum einen Rechtsanspruch haben. — In den Commissionsberichten beider Kammern wird anerkannt, daß der Gesetzentwurf von 1844 gegen das Finanzgesetz Abänderungen enthalte, und wird sich in Betreff derselben, — wohl, weil man ebenfalls eine abermalige Besprechung der Verfassungsfrage vermeiden wollte, — lediglich auf die Regierungsmotive bezogen; ebenso wird die ausdrückliche Aufnahme der Summe von 4000 fl. als gesetzliches Pensionsmaximum in keiner Weise beanstandet. Bei der Diskussion in beiden Kammern wurde, — nachdem der Berichterstatter der 2. Kammer bemerkt hatte, daß die Regierung auf die vorgeschlagene Fassung Werth lege, — die betreffende Modifikation des Finanzgesetzes nicht weiter berührt; dieselbe warf sich vielmehr vorzugsweise auf die Form, unter welcher eine 4000 fl. übersteigende Gnadenpension sollte verwilligt werden können, woraus abermals klar hervorgeht, wie man allerseits das Fortbestehen des dieneredictmäßigen Pensionsmaximums unterstellte. In Consequenz dieser Anschauung hat die großh. Regierung in den Gesetzentwürfen, welche sie während der Herrschaft der betreffenden Finanzgesetze und des Gesetzes von 1844 zur Modifikation des Dieneredicts vorlegte, ganz constant ein Pensionsmaximum von 4000 fl. eingetragen und kommt überhaupt von einer

Digitized by Google

wirklich erfolgten Herabsetzung des Pensionsmaximums in den ständischen Verhandlungen — von 1831 an bis heute auch nicht eine Silbe vor, während die Ansicht der Kammer, daß eine solche nur durch ein Verfassungsgesetz stattfinden könne, positiv konstatirt ist.

Schon aus dieser kurzen Uebersicht der ständischen Verhandlungen dürfte zu entnehmen sein, in wie weit das oberhofgerichtliche Urtheil, welches auf die Behauptung gegründet ist, daß der Inhalt dieser Verhandlungen dem klägerischen Anspruch entgegenstehe, auf festem Boden ruht. Nur Einzelnes aus den betreffenden Entscheidungsgründen hervorzuheben, sei uns noch gestattet. Während nämlich hierin behauptet wird, daß die großh. Regierung keine Aenderung der in den frühern Finanzgesetzen über die Berechnung der Pensionen enthaltenen Bestimmungen beabsichtigt habe, dieselben vielmehr nur in abgekürzter Form habe wiedergeben wollen, und daß auch die Kammern von der Unterstellung einer bloßen Redaktionsveränderung ausgegangen seien, — besagen die auch von Letztern adoptirten Motive der Regierung, daß alle „wesentlichen" Bestimmungen jener Gesetze aufrecht erhalten werden sollen, heben aber nichts desto weniger als „bedeutendere" Veränderung gerade das Wegfallen des Funktionsgehalts und seine nothwendigen Folgen hervor. Wenn der Finanzminister sich hierbei des Ausdrucks bediente: „Das nicht ganz adäquate Wort Funktionsgehalt konnte füglich wegbleiben," so liegt hierin keineswegs der Gedanke, daß seine Entfernung gleichgültig, sondern nur, daß sie seinem Verbleiben vorzuziehen sei. Die Anerkennung, daß die Redaktion eine bessere sei, schließt Modifikationen nicht aus, namentlich wenn sie, wie hier, so klar bezeichnet sind; auch wäre die Redaktion wahrlich keine bessere, wenn man wirklich nur hätte besagen wollen, was das frühere Gesetz in klaren Worten ausgesprochen hat. Wenn ferner aus der Erklärung des Finanzministers, daß der erste Satz des Art. 1 des Gesetzentwurfs Alles ausspreche, was durch den Art. 8 des Finanzgesetzes gesagt, und dabei nur in einer Beziehung, nicht aber bezüglich des übrigen Theils des dritten Satzes eine Aenderung angedeutet worden sei, gefolgert wird, daß auch die Bestimmung, wonach bei Besoldungen über 4500 fl. der fünfte Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag in Abzug komme, aufrecht erhalten werden wollte, so ist — abgesehen davon, daß in Betreff dieser einen Beziehung des dritten Satzes nicht von einer Aenderung, sondern ausdrücklich von einem gänzlichen Hinwegfallen die Rede ist, — auch den folgenden Worten der Motivirung nicht die ihnen innwohnende Bedeutung beigelegt, besagend:

> „Der bestimmte einfache Ausspruch, daß bei Ermittlung der Pension eines Staatsdieners $^1/_5$ der seit 1832 verliehenen Besoldung und deren ganzer Betrag über 4500 fl. außer Rechnung gelassen werden soll, ersetzt den Satz 1, daß $^1/_5$ der Besoldung Funktionsgehalt sein soll, sowie den Satz 3, daß von Besoldungen über 4500 fl. der fünfte Theil dieser Summe und der ganze dieselbe überschreitende Betrag Funktionsgehalt sein soll."

Wie kann man deutlicher ausdrücken, daß bei Besoldungen über 4500 fl. der Abzug des Fünftels von der vollen Besoldung und nicht mehr, wie früher, von dem nach Abzug des Funktionsgehalts verbleibenden Reste von 4500 fl. bewirkt werden soll? Wenn in den Entscheidungsgründen darauf besonderes Gewicht gelegt wird, daß unter dem Worte „ersetzen" hier nur die Substituirung eines gleichbedeutenden Ausdrucks verstanden werden könne, weil es an andern Stellen diese Bedeutung habe, so hätte dabei doch nicht entgehen dürfen, daß es von der Natur des Gegenstands abhängt, der einen Ersatz leistet, ob das Wort „ersetzen" das Gleiche setzen oder ein Anderes setzen heißt. Wenn der Satz, daß $^1/_5$ von der durch Abzug des Funktionsgehalts auf 4500 fl. reducirten Besoldung außer Rechnung gelassen werden soll, durch den Satz ersetzt wird, daß — nach Beseitigung der Abtheilung der signaturmäßigen Besoldung in Besoldung und Funktionsgehalt — das Fünftel von der verliehenen Besoldung, hier 6000 fl., abgezogen werden soll, so folgt hieraus doch wohl ebenso wenig, daß beide Sätze das Gleiche besagen, als daraus, daß unsere alten Gewehre durch Hinterladungsgewehre ersetzt werden, geschlossen werden darf, daß einer Waffe nur eine andere gleiche substituirt werde.

Wenn hierfür ein weiterer Grund daraus entnommen wird, daß der Finanzminister, der doch erklärt habe, er werde die im Entwurf enthaltenen Abänderungen näher erörtern und begründen, die betreffende materielle Aenderung mit keinem Worte hervorgehoben habe, so scheint uns, daß der Finanzminister die Aenderungen, welche durch das Wegbleiben des als nicht adäquat bezeichneten Wortes „Funktionsgehalt" eintreten, genugsam bezeichnet und dabei klar ausgedrückt hat, in

Digitized by Google

welcher Weise der neue „bestimmte einfache Ausspruch" die verschiedenen früheren Bestimmungen der Finanzgesetze ersetze; über das Motiv, aus welchem diese Aenderung in ihrem Verhältnisse zur Verfassung nicht besonders hervorgehoben und verhandelt wurde, haben wir uns schon oben ausgesprochen.

Der als weiterer Entscheidungsgrund aufgestellten Behauptung, wie nicht entfernt anzunehmen, daß die Kammern und namentlich die 2. Kammer, welche seit 1831 stets auf Verminderung der Pensionen bedacht war, eine Erhöhung derselben und gar eine der hochbesoldeten Beamten, genehmigt hätte, — setzen wir einmal die Bemerkung entgegen, daß, wenn das Gesetz vom Jahr 1844 wegen dieses finanziell ganz irrelevanten Punktes fiel, eben das Dieneredikt wieder unbedingt in Kraft getreten wäre, und nehmen sodann auf die oben besprochene von der 2. Kammer am 30. Dezember 1831 angenommene Adresse Bezug, wodurch dieselbe bekundet hat, daß ihr zwar die Verminderung der Pensionslast, noch mehr aber die strenge Einhaltung verfassungsmäßiger Bestimmungen am Herzen liege.

Wenn endlich dem Einwande des Klägers, wie es unerklärlich sei, daß die Regierung den Maximalbetrag einer Pension auf 3600 fl. reducirt haben sollte, während sie nach Art. 6 des Entwurfs nebst Motiven das Fortbestehen des dienerediktmäßigen Pensionsmaximums von 4000 fl. anerkannt habe, — entgegengehalten wird, daß für die vor 1832 angestellten Diener das Maximum immer noch 4000 fl. betragen, und gerade für diese Diener Art. 6 in den Jahren 1844–1848 haben praktisch werden können, — so widerspricht wohl eine solche Unterstellung der ganzen Sachlage und deutet auch keine Silbe, weder in jenem Artikel, noch in dessen Motivirung darauf hin, daß der Finanzminister das, was er einen dienerediktmäßigen Rechtsanspruch der höheren Staatsbeamten nannte, nur auf einen Theil, nicht auf alle diese durch das Dieneredikt gesicherten Beamten bezogen habe.

Kläger, der das Gesetz von 1844 für klar, und eben nach seinem klaren Wortlaute bezüglich der hier näher erörterten Bestimmung für übereinstimmend mit dem Dieneredikte hält, hatte keine Veranlassung, die mehr dem Staats- als dem Civilrechte angehörende Controverse zur Sprache zu bringen, ob der Richter einem von dem Regenten verkündeten, aber nicht in der verfassungmäßigen Form erlassenen Gesetze die Anwendung zu versagen berechtigt und verpflichtet sei; das aber glaubte er jedenfalls erwarten zu dürfen, daß unsere Gerichte ein Gesetz, dessen Wortlaut sie für zweideutig erachten, im Zweifel nicht im Widerspruch, sondern im Einklang mit der Verfassung in Anwendung bringen werden.

Zum Schlusse erlauben wir uns den Zweifel auszusprechen, ob diejenigen, welche in die gleiche Lage wie der Kläger versetzt werden sollten, sich durch den Gehalt der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe abhalten lassen werden, wiederholt ihr Recht vor den Gerichten zu suchen, und ob der oberste Gerichtshof selbst in dem, nach Vernehmen nur mit geringer Majorität erlassenen Urtheile ein für alle Zeiten maaßgebendes Präjudiz erkennen werde.

47.

Zum Thatbestande der Ehrenkränkung insbesondere:

1) Unterschied zwischen Beschimpfungen und verächtlicher Behandlung.
2) Verletzung des Anstandes gegenüber einer Behörde ist nicht Ehrenkränkung.
3) Freiheit des Urtheiles und Straflosigkeit des unrichtigen Urtheiles aus zugleich angegebenen Thatsachen.
4) Der Vorwurf der Lüge ist eine Ehrenkränkung, wenn er gegenüber einer Person oder in Beziehung auf eine Person gemacht wird.
5) Ehrenkränkung einer unbestimmten Person gibt es nicht.

Entscheidungsgründe

zu dem freisprechenden Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 29. Dezember 1866. J. A.S. gegen Graf von Ingelheim in Oos, wegen Ehrenkränkung des Bezirksamtes N.

Das großh. Bezirksamt, durch welches die Ortspolizei in der Stadt verwaltet wird, und welches demgemäß nach §. 23 des Polizeistrafgesetzbuchs zur Erlassung ortspolizeilicher Vorschriften berechtigt ist, hat unterm 12. April v. J. nach Maaßgabe der Bestimmung in §. 58 Ziff. 1 des P.Str.G.B. das Mitbringen von Hunden auf die obere Promenade dahier verboten.

Digitized by Google

Wegen Uebertretung dieses Verbots wurde der in Oos wohnende Graf von Ingelheim am 17. September v. J. bei dem hiesigen Bezirksamt zur Anzeige gebracht und wurde hierauf am gleichen Tag gegen den Angezeigten ein bedingter Polizeistrafbefehl erlassen mit Ansetzung einer Strafe von einem Gulden. Die zu Gerichtshanden gebrachte Ausfertigung dieser Verfügung wurde dem Angezeigten am 24. September v. J. zugestellt und hierauf von diesem am 8. October die von gleichem Tag datirte Schrift bei großh. Bezirksamt eingereicht, welche den Akten angeschlossen ist, und deren Unterschrift der Angeklagte als die seine anerkannt hat, weßhalb er auch für deren Inhalt haftet.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß wegen des, den Anstand verletzenden, Inhalts dieser Eingabe die großh. Polizeibehörde berechtigt gewesen wäre, solche dem Unterzeichner zur Reinigung zurückzustellen und gegen ihn eine Ordnungsstrafe nach §. 32 Ziff. 3 des P.Str.-G.B. zu erkennen.

Allein nicht darum handelt es sich hier, sondern um die Beurtheilung einer Anklage wegen Ehrenkränkung in Beziehung auf den Dienst, bei welcher nicht, wie bei jenen disziplinären Bestimmungen die Verletzung des Anstandes, sondern die hievon sehr verschiedene Verletzung des Rechtes auf Ehre in Frage steht.

Brauer und Jagemann, Beiträge S. 54. 67. 79. 80.

Thilo, Str.G.B. S. 270 No. 2.

Diese Anklage wird in dreifacher Weise zu begründen versucht, indem die großh. Staatsbehörde unter Bezeichnung einzelner Stellen behauptet:

1) daß sie eine verächtliche Behandlung des großh. Bezirksamts N. im Sinne des §. 291 d. Str.G.B. enthalten,
2) daß dieser Behörde dadurch der Vorwurf der Parteilichkeit gemacht werde, §. 294 Ziff. 2 des Str.G.B., und
3) daß endlich dem Bezirksamt eine „Lüge“ und somit die Begehung einer unsittlichen Handlung nach §. 294 Ziff. 1 des Str.G.B. nachgesagt wird.

Abgesehen von der Streitfrage (Brauer und Jagemann S. 74, Köstlin, Abhandlungen S. 25 Bem. 3) ob nach unserem Gesetze juristische Personen im Allgemeinen Gegenstand einer Ehrenkränkung sein können, ist dies bezüglich der Behörden in §. 297 ausdrücklich anerkannt und zu diesen gehört unzweifelhaft das großh. Bezirksamt.

Was nun den ersten Anklagepunkt anbelangt, so ist im Anschlusse an das oben Gesagte vor allem zu bemerken, daß nicht in jeder Verletzung des Anstandes und guten Tones, in Grobheit, Unart u. dgl. eine Verletzung der Ehre gefunden werden darf.

Köstlin, Abhandlungen S. 48.

Der hier maaßgebende §. 291 des Str.G.B. bezeichnet im Gegensatz zu §. 294 außer den sog. symbolischen und Realinjurien nur die Beschimpfung, d. i. den Gebrauch von Reden, wodurch die Verachtung ausgedrückt werden soll, als eine Ehrenkränkung.

Vergl. Thilo, §. 291 Anmerk. 1.

Diese Voraussetzungen sind aber in Bezug auf die in der fraglichen Eingabe des Beklagten gebrauchten Worte nicht vorhanden, da sie zwar wohl den zumal einem gebildeten Manne und besonders gegenüber einer Staatsbehörde üblichen Anstand verletzen, aber nirgends in eine auch nur versteckt angedeutete positive Beschimpfung übergehen.

Zwar behauptet die Anklage, daß gerade in den wiederholten und fortgesetzten, den Anstand verletzenden Ausdrücken eine verächtliche Behandlung des großh. Bezirksamts N. im Sinne des §. 291 des Str.G.B. enthalten sei, allein nach dem oben erwähnten Gegensatze zwischen Rede und Handlung in §. 291 gehört zu einer verächtlichen Behandlung eine äußere Handlung und dies kann nicht der Inhalt einer Eingabe sein, die unzweifelhaft in das Gebiet der Rede, d. h. des geschriebenen Wortes fällt, mithin könnte nur die äußere Beschaffenheit des Schriftstücks, z. B. absichtliche Verunreinigung oder Bemalung oder die Art der Einreichung u. dgl. mehr hierher gerechnet werden, wovon aber in vorliegendem Falle keine Rede ist.

Da nun eine Beschimpfung nicht vorliegt und von der großh. Staatsanwaltschaft auch nicht behauptet worden ist, eine verächtliche Behandlung aber nicht angenommen werden kann, so ist der erste Klagegrund hinfällig.

Anlangend den zweiten Klagegrund, nämlich den Vorwurf der Parteilichkeit, so wird derselbe in denjenigen Behauptungen gefunden, welche im letztern Theil und in den Schlußworten der Eingabe vom 8. Oktober gemacht worden sind, wornach die Polizei in andern und schwereren Fällen der Störung der öffent-

Digitized by Google

lichen Ordnung nicht eingeschritten sei, während sie den Angeklagten wegen geringfügiger Uebertretungen zur Strafe gezogen habe.

Allein die Richtigkeit der Behauptung, daß die fraglichen Vorfälle sich ereignet haben und ungestraft geblieben sind, ist in der Anklageschrift nicht beanstandet und wurde vielmehr im heutigen mündlichen Vortrage des großh. Staatsanwalts zugegeben. So lag es dem Angeklagten nahe, die ihn betreffenden Fälle mit jenen anderen, seiner Ansicht nach viel schwereren Gesetzesübertretungen zu vergleichen, und in einer solchen Vergleichung allein liegt nicht schon der Vorwurf der Parteilichkeit, weil es in dem, durch Rücksichten auf das allgemeine Wohl geleiteten, Ermessen der Polizeibehörde steht, zu unterscheiden, ob sie in dem einzelnen Fall einschreiten will und wie sie dies thun will.

Wenn demnach die Polizeibehörde berechtigt ist, in einem bestimmten Fall das Einschreiten zu unterlassen und in einem anderen Falle zu strafen, so enthält jene Erzählung des Angeklagten nicht auch den Vorwurf, daß die Polizeibehörde in unbefugter pflichtwidriger Weise, d. h. aus Parteilichkeit so gehandelt habe. Eben deßwegen ist es freilich ein Irrthum des Angeklagten, wenn er meint, die fraglichen Uebertretungen hätten entweder sämmtlich bestraft werden, oder sämmtlich unbestraft bleiben sollen. Dies ist jedoch nur eine unrichtige Beurtheilung aus zugleich angegebenen Thatsachen, welche, weil sie nicht in beschimpfender Form (§. 291) geschah, gemäß Abs. 2 des §. 294 des St.G.B. straflos ist.

Ueberhaupt darf nicht übersehen werden, daß jene Gesetzesstelle die Freiheit des nicht formell ehrenkränkenden Urtheils ausspricht.

Obkircher, Comm.Ber. zu §. 266, Verh. zweiter Kammer 1839 Beil. 7 Bericht 6 Seite 16 sagt darüber:

„Urtheile über Handlungen, Aeußerungen, Producte dürfen frei und in ungeschminkter Form ausgesprochen werden."

Das freie Urtheil über das Verfahren seiner Behörden liegt sogar unzweifelhaft im Interesse des Staats selbst, und so kann auch die vom Angeklagten zwar in herber, aber nicht in formell beleidigender Weise geübte Kritik nicht das Vergeben der Ehrenkränkung begründen.

Köstlin, Abh. S. 50. 108.

Was endlich den dritten Anklagepunkt betrifft, so wurde der Vorwurf der Lüge zwar schon als nicht ehrenkränkend angesehen (Annalen 26 S. 168), allein dem steht entgegen, daß nach richtiger Auffassung darin, sofern es in Beziehung auf oder gegen eine Person gebraucht wird, die Behauptung einer wissentlich falschen Angabe liegt, was unter Str.G.B. §. 294 Ziff. 1 fällt, sowie, daß dieser Vorwurf nach allgemeiner Anschauung als Beschimpfung gilt. Str.G.B. §. 291.

Dagegen ist nicht erwiesen, daß der vom Angeklagten in der betreffenden Stelle seiner Eingabe gebrauchte Ausdruck „Lüge" sich auf das großh. Bezirksamt bezieht, auch wenn man diese Behörde im weitesten Umfange nimmt, also auch die subalternen Bediensteten, z. B. Polizeidiener dazu rechnet.

Die Polizeibehörde ist nämlich befugt, bedingte Strafbefehle zu erlassen auf jede Anzeige oder auf Grund sonstiger Erhebungen,

Stempf, Gesetz über die Gerichtsbarkeit und Verfahren in Polizeistrafsachen S. 23,

mag diese Anzeige von einem ihrer Bediensteten oder von sonst wem ausgegangen sein.

In der dem Angeklagten zugegangenen Ausfertigung des bedingten Strafbefehls ist nicht angegeben, worauf die darin angeführte Beschuldigung beruht, und es ist nicht ersichtlich, daß der Angeklagte von anderer Seite diese Kenntniß erlangt hat. Bei solcher Ungewißheit ist die Annahme, daß der Angeklagte gegen die genannte Behörde jenen Vorwurf gerichtet habe, mit nichts belegt, denn der Angeklagte hat in der Voruntersuchung und in der heutigen Hauptverhandlung wiederholt behauptet, daß er jenen Vorwurf nicht gegen das großh. Bezirksamt gerichtet habe, und so mußte, weil sich das Gegentheil aus den von ihm gebrauchten Worten nicht ergibt, dieser Beweis auf andere Weise vom großh. Staatsanwalt erbracht werden (Str.P.O. §. 318 Abs. 3), woran es aber fehlt.

Die Satzbildung der betreffenden Stelle berechtigt nicht zu der Annahme, daß der Vorwurf der Lüge gegen das großh. Bezirksamt gerichtet sei, sondern eher zu jener, daß der Angeklagte mit dem fraglichen Vorwurfe gar keine Person gemeint, sondern nur den Umstand, daß er seinen Hund auf die obere Promenade mitgebracht habe, als eine Unwahrheit bezeichnet hat.

Will man dies nicht annehmen, so liegt in dem fraglichen Vorwurfe, da die Kenntniß des Anzeigers dem Angeklagten nicht nachgewiesen ist, nur die Beleidigung einer unbestimmten Person, welche keine strafbare Ehrenkränkung bildet. Köstlin, Abh. S. 19 vor Bem. 3.

Da demnach die erhobene Anklage theils als rechtlich unbegründet, theils als unbewiesen erscheint, so mußte in Anwendung von Str.P.O. §. 325 Abs. 1, §. 326. 251, wie geschehen, erkannt werden."

Die gegen dies Urtheil wegen unrichtiger Gesetzesanwendung ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde wurde wieder aufgegeben. Dr. Puchelt.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 16.**

48.

Zur Strafrechtspflege.

XII.

Nichtigkeitsbeschwerde wegen behaupteter Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bezüglich des Schlußvortrags und der Vertheidigung.

Str.P.O. §. 273 Z. 3 §. 276 u. §. 194. 198, auch §. 228.

Auch über Zusammenfassung der Fragen an die Geschworenen bei einer Mehrzahl von Angeklagten.

In der Anklagesache gegen Andreas Ducherer und Kaspar Honeck von Mingolsheim und Genossen wegen Münzfälschung wurde von den beiden genannten, der Münzfälschung in verbrecherischer Verbindung vom Mannheimer Schwurgericht schuldig erklärten, Angeklagten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde wegen behaupteter Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens nach Str.P.O. §. 373 Ziff. 3 gegen das erwähnte Urtheil ergriffen.

Neben verschiedenen völlig unhaltbaren Nichtigkeitsgründen wurden von den Verurtheilten auch die zwei hier hervorzuhebenden geltend gemacht, welche jedoch, wie die gesammte Beschwerde vom Oberhofgerichte am 9. Februar 1867 als unbegründet erkannt wurden.

1) Bezüglich des Schlußvortrags des Vorsitzenden behaupteten dieselben eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bei der Hauptverhandlung, weil der Vorsitzende verschiedene Entlastungspunkte, die Aussagen von Entlastungszeugen und die ihnen günstigen Aussprüche von Sachverständigen (die Betreffenden wurden näher bezeichnet) in seinem Vortrag übergangen; mithin durch einseitige und unvollständige Darstellung zum Nachtheil der Angeklagten gewirkt habe.

Der Gerichtshof verwarf diese Beschwerde, welcher auch in erster Reihe schon der gänzliche Mangel der gesetzmäßigen Erweislichkeit [1]) entgegenstand, auf Grund folgender Erwägungen:

Wenn auch die Vorschrift des §. 115 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 (Schlußsatz), wonach die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über den Schlußvortrag des Präsidenten niemals einen Nichtigkeitsgrund abgeben kann, in der neuen Str.P.O. weggefallen, eine Nichtigkeitsbeschwerde in dieser Richtung daher nicht schlechthin und nicht unbedingt ausgeschlossen ist [2]), so kann doch die bloße Nichterwähnung des einen oder anderen Punktes im Schlußvortrag für sich allein offenbar nicht genügen, um eine Nichtigkeit im Sinne des Gesetzes zu begründen, da der Schlußvortrag nach Str P.O. §. 276 sich auf eine kurze Zusammenstellung des Inhalts der Verhandlung mit der nöthigen Erläuterung zu beschränken hat, wobei, wie sich von selbst ergibt, die größere oder geringere Ausdehnung und die Auswahl des Stoffes dem gewissen-

---

[1]) Daß der Beweis des Vorhandenseins eines Nichtigkeitsgrundes, namentlich der Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens nur durch das Sitzungsprotokoll der Hauptverhandlung oder dessen Beilagen, beziehungsweise sonstige die Hauptverhandlung unmittelbar betreffenden Aktenstücke, soweit solche in Betracht kommen dürfen, erbracht werden kann, ist im Allgemeinen als feststehende Regel anzuerkennen, wenn auch in Fällen ganz besonderer Art ausnahmsweise eine Abweichung von dieser Regel Platz greifen mag. (Die Ziff. 2 des §. 373 der Str.P.O. enthält in sich eine solche Ausnahme. Die Vernehmung der Zeugen, die Erhebung einer Erklärung des Schwurgerichtshofs oder seines Vorsitzenden u. s. w. über einen betreffenden Punkt scheint jedoch in allen Fällen höchst bedenklich, wo nicht geradezu unzuläßig. Anderer Ansicht scheint Bekk in seinen Anmerkungen zur Strafgesetzgebung von 1851 §. 115.)

Vrgl. Plank, deutsches Strafverfahren §. 150 (Anfang und Schluß), sodann insbesondere die Strafprozeßordnung von Sachsen (Königreich) Art. 349 Schluß; von Hannover §. 134; Braunschweig §. 158; Oldenburg Art. 199. 200; Hessen (Großherzogthum) Art. 224. 225; auch preußischer Entwurf in §. 225; ferner Goltdammer, Archiv Bd. 9 S. 41; Ammann, Strafprozeßordnung §. 377 Note 8; dagegen Schwarze, Gerichtssaal Bd. 15 S. 13

Es ist daher Sache der Vertheidiger, die Beurkundung der etwa für eine künftige Beschwerde wichtigen Vorgänge im Protokolle zur gehörigen Zeit zu veranlassen, was in vielen Fällen nicht genügend beachtet zu werden scheint. Str.P.O. §. 259 und Begründung der Regierung zum Entwurf §. 371 – 412 Schluß.

[2]) Vrgl. Haager's Commissionsbericht der II. Kammer zu §. 371 des Entwurfs Schluß. Ammann, Strafprozeßordnung zu §. 276 Note 6 Annalen Bd. 32 S. 82. Siehe auch wegen des früheren Gesetzes Bekk's schon angeführte Anmerkungen zu §. 96.

Digitized by Google

haften Ermessen des Vorsitzenden überlassen bleiben muß, und da die Uebergehung einzelner Punkte einen wesentlichen Nachtheil überhaupt nicht zur Folge haben kann, indem ja die ganze Verhandlung selbst vor den, nach Str.P.O. §. 273 zu sorgsamer Aufmerksamkeit verpflichteten, Geschworenen stattfindet.

2) Ferner wurde in Bezug auf die Person des Angeklagten Honeck ein Mangel in der nothwendigen Vertretung desselben durch einen Vertheidiger bei der Hauptverhandlung (Str.P.O. §. 194 Abs. 3 §. 198) geltend gemacht. Diese Beschwerde wurde darauf gestützt, daß Anwalt Dr. Schulz, der von Honeck bestellte Vertheidiger, als die Geschworenen zuerst in das Berathungszimmer abtraten, bei vorgerückter Abendstunde sich entfernte, und Honeck, als er bei Eröffnung des endgültig festgestellten Wahrspruches hievon und von der Stellvertretung des Dr. Schulz durch Anwalt M. Fürst (Vertheidiger des Andreas Ducherer) Kenntniß bekam, seine Nichtgenehmigung dieser Vertretung aussprach, hierauf aber den Anwalt M. Fürst als Vertheidiger von Gerichtswegen bestellt erhielt.

In der Zwischenzeit hatten wegen erhobener Anstände Berichtigungen in Bezug auf die Fassung und Beantwortung der Fragen stattgefunden, die übrigens hinsichtlich des Angeklagten Honeck theils von gar keinem, theils von keinem in Beziehung auf den schuldig erklärenden Wahrspruch erheblichen Interesse waren, und Anwalt Fürst hatte dabei als Stellvertreter auch das Interesse des Angeklagten Honeck gewahrt.

Der Gerichtshof verwarf die betreffende Beschwerde aus folgenden Gründen:

Es ist zwar die Richtigkeit und Wichtigkeit jenes Grundsatzes (daß jeder Angeklagte vor dem Schwurgericht stets durch einen Vertheidiger vertreten sein soll) in vollem Maße anzuerkennen[3]), und aus dem Sitzungsprotokoll ergibt sich, daß Honeck's Vertheidiger, Dr. Schulz, allerdings zur Zeit, als die Geschworenen zuerst in das Berathungszimmer traten, sich entfernte und dem Schluß der Verhandlung nicht mehr anwohnte; allein es ergibt sich daraus auch, daß Anwalt Fürst, der Vertheidiger des Angeklagten Andreas Ducherer von Dr. Anwalt Schulz, der nach Ausweis seiner Vollmacht (S. 95) besonders ermächtigt war, für den Fall der Verhinderung einen Stellvertreter selbst zu ernennen, eine Substitutionsvollmacht, die er dem Gericht vorlegte[4]), erhalten hatte, und den Angeklagten Honeck in der Zwischenzeit, bis die Angeklagten wieder vorgeführt wurden, vertrat, sowie auch ferner, daß sodann für Honeck, als dieser sofort seine Nichtgenehmigung der Entfernung des Dr. Schulz erklärte (welche Erklärung als Widerruf der Vollmacht zur Stellvertretung erst von da an als wirksam erscheinen konnte) Anwalt Fürst durch den Gerichtsvorsitzenden als Vertheidiger von Gerichtswegen bestellt wurde.

Dieses Verfahren entsprach nach Str.P.O. §. 194 Abs. 3 §. 228[5]) und §. 198 Abs. 1 und 2 dem Gesetz; der Angeklagte war während der ganzen Dauer der Sitzung gesetzmäßig durch einen Vertheidiger vertreten, ein etwaiges widerstreitendes Interesse der beiden von Anwalt Fürst vertretenen Angeklagten ist nicht behauptet und war auch nicht vorhanden. Die betreffende Beschwerde ist sonach grundlos."

Die weiter geltend gemachten Nichtigkeitsgründe bieten kein allgemeines Interesse, dagegen wurde schon oben erwähnt, daß die Fassung und Beantwortung der an die Geschworenen gerichteten Fragen zu Beanstandungen Anlaß gab. Wenn Letztere auch im vorliegenden Falle befriedigend erledigt wurden, so möge doch eine bezügliche Bemerkung im Interesse einer wohlgeordneten Fragestellung bei dem Vorhandensein einer Mehrzahl von Angeklagten hier Platz finden.

In solchen Fällen, namentlich wenn auch eine Mehrheit von theils gleichen, theils verschiedenen Anklagepunkten und etwa noch eine Reihe von eventuellen Punkten hinzutritt, ergeben sich bei der Abfassung der Fragen allerdings öfters besondere Schwierigkeiten und Weiterungen, deren Verminderung durch dienliche und zuläßige Abkürzungen sehr zu empfehlen ist und auch von der Rechtsübung mit Erfolg erstrebt zu werden pflegt. Insbesondere kann eine Reihe wiederholt in Frage kommender gleichartiger Vergehen nach Umständen unter verschiedenen besonderen Ziffern (Lit. a. b. c u. s. w.)

[3]) Vrgl. Annalen Bd. 31 S. 236.

[4]) Die Substitutionsvollmacht selbst war nach dem Vorlagebericht des Schwurgerichtshofs zufällig in Verstoß gerathen. Da jedoch die Vorlegung einer solchen Vollmacht im Protokoll bestimmt beurkundet und auch nicht zu bestreiten war, so erschien dieser Umstand dem Oberhofgerichte von keiner weiteren Bedeutung.

[5]) Der §. 228 der Str.P.O. bestimmt ausdrücklich, daß die Verrichtungen des Vertheidigers, wie die der Staatsanwaltschaft und des Protokollführers, durch verschiedene Personen nacheinander besorgt werden können.

Digitized by Google

in einer Frage zweckmäßig zusammengefaßt, es kann hiebei von der in Str.P.O. §. 278 gegebenen Befugniß der unmittelbaren Anwendung der gesetzlichen Bezeichnung des Verbrechens ein ausgedehnterer Gebrauch gemacht, auch sonst durch geeignete Abkürzung in wiederholt vorkommenden Bezeichnungen die wünschenswerthe Vereinfachung thunlichst erzielt werden. [6])

Dagegen ist die Zusammenfassung der Hauptschuldfrage für mehrere gleichmäßig angeklagte Personen in eine gemeinschaftliche Frage, wenn gleich mit Anführung jedes einzelnen Angeklagten in besonderen durch eigene Ziffern oder Buchstaben ausgezeichneten Abtheilungen, unseres Erachtens unter allen Umständen zu vermeiden, so förderlich auch bei einer größeren Anzahl von Angeklagten diese Abkürzung scheinen mag.

Eine solche Zusammenfassung ist nämlich schon an sich grundsätzlich für unstatthaft zu achten, weil sie einem bekannten, bedeutungsvollen Grundgedanken des schwurgerichtlichen Systems, wonach die Schuld jedes einzelnen Angeklagten in ihrer Besonderheit, mit Berücksichtigung der bei Jedem etwa in Betracht kommenden eigenthümlichen Verhältnisse, billig gewürdigt werden soll, unverkennbar widerstrebt. Jeder Angeklagte hat Anspruch auf sein besonderes Schuldig oder Nichtschuldig und es geht nicht an, diesen Punkt der Kürze wegen durch eine Collectivfrage zu erledigen und das Schuldig über eine ganze Schaar von Angeklagten zusammen gleichsam in Bausch und Bogen auszusprechen. [7])

Aber auch abgesehen von diesem grundsätzlichen Gesichtspunkt erscheint die fragliche Zusammenfassung schon aus practischen Gründen überaus bedenklich, weil sie erfahrungsgemäß gar leicht gefährliche Verwechslungen, Vermengungen und sonstige Irrungen herbeiführen kann.

Dies hat sich denn auch in dem obigen Falle gezeigt, indem die in solcher Weise geschehene Zusammenfassung in der That zur Irrung, Beanstandung und Berichtigung bezüglich der Fragenbeantwortung Anlaß gab. Es fanden sich Widersprüche in der Letzteren, und die Geschworenen kamen in die Lage, in der Anführung der betreffenden Buchstaben (a oder b) nachträglich eine Berichtigung vornehmen zu müssen. Dabei erschien die nach Str.P.O. §. 286 Abs. 2 in solchem Falle erforderliche Beurkundung, in weiterer Folge der gedrängten Fragefassung, nur schwer auszuführen und die Fragebeantwortung nahm eine solche Gestalt an, daß deren richtiger Sinn bei der Vorlesung des Wahrspruchs wohl kaum allen Angeklagten klar sein mochte, da für Angeklagte von niederem Bildungsgrade schon die Fassung: Ja zu a, nein zu b u. s. w. an sich schwer verständlich erscheinen muß.

Was bisher über die Zusammenfassung der Hauptfrage für mehrere Angeklagte mit gleichzeitiger Beifügung von Unterabtheilungen für jeden Einzelnen gesagt worden ist, das gilt in noch weit höherem Maße von einer solchen Zusammenfassung, die ohne alle Trennung in besondere Unterabtheilungen geschieht. Eine solche ist als völlig unzuläßig und ungeeignet zu verwerfen.

E. Brauer.

[6]) Vrgl. Magazin Bd. 2 S. 42—43 (Schwurgericht in Baden, Fragestellung von Stempf). Annalen Bd. 21 S. 363—364.

[7]) Vrgl. von Jagemann's richtige Bemerkung im Criminallexikon S. 311 lit. f.; Anton Mayer, Strafverfahren im Großherzogthum Baden S. 170; Annalen Bd. 21 a. a. O. Auch die von Stempf im Magazin am bezeichneten Orte gegebenen Andeutungen stimmen im Ergebniß hiermit überein.

Siehe ferner Gerichtssaal Jahrg. III. Bd. 2 S. 154 und Archiv des Criminalrechts 1855 S. 488—489.

49.

Wem gehört das Flußbett?

L.R.S. 563. 560 und 561.

Nach dem Geiste unseres Landrechtes, in dem Titel über Eigenthum, gehört bei nicht schiffbaren und nicht floßbaren Gewässern, die Wassermasse oder der Wasserkörper, welcher rastlos sich bewegt, und jeden Augenblick einen andern Raum einnimmt, daher von allen übrigen Sachen, die im Eigenthume eines Menschen sein können, sich wesentlich unterscheidet, — nicht dem einzelnen Ufereigenthümer oder Anstößer, sondern dieses Wasser gehört allen zusammen; es ist eine ihnen gemeinschaftliche Sache (res communis). Dem einzelnen Ufereigenthümer oder Anstößer kömmt blos das Recht des Gebrauches oder der Benützung nach der Bestimmung des L.R.S. 644 zu.

Ganz anders, als wie mit dem Wasserkörper oder der Wassermasse, verhält es sich mit dem Wasser- oder Flußbett, welches stätig in seinem Raume verharrt, und sonach mit den übrigen Sachen, an welchen Eigenthum ausgeübt werden kann, die gleiche Natur theilt. Es ist unmöglich, irgend ein fließendes Wasser zu besitzen, weil es im Augenblick wieder aus unserm Gewahrsam

Digitized by Google

kömmt, und anderes herbeiströmt, welches aber ebenso schnell uns wieder entflieht. Das Wasserbett aber kann besessen werden, weil es, wie andere feste Körper, im Raume beharrt.

Die Frage, wem das Bett (lit de la rivière) eines nicht schiffbaren oder floßbaren Wassers, zum Beispiel eines Baches, gehöre, ist in Theorie und Praxis bestritten. Die Einen behaupten dem Staate, die Andern den Ufereigenthümern oder Anstößern. Ich halte die Meinung der Letzteren für die richtige.

Diese, wozu namentlich Demante, Du Caurroy und Marcadé gehören, stützen sich nebst den Gründen der Vernunft und Billigkeit, vornehmlich auf die Autorität von Pothier. Im Wesentlichen begründen sie ihre Ansicht auf folgende Art:

Die Quelle der Entscheidung unserer Frage liegt in den L.R.S. 560. 561 u. 563.

Der L.R.S. 563 bestimmt, daß, wenn ein Fluß, er sei schiffbar, floßbar oder nicht, seinen Lauf ändere und also sein altes Bett verlasse, die Eigenthümer der unter Wasser gekommenen Grundstücke zur Entschädigung das alte verlassene Flußbett, Jeder nach dem Verhältniß des Bodens, welchen er verlor, nehmen dürfe. Aus dieser Bestimmung des Gesetzes schöpfen die Gegner die Gründe für ihre Behauptung, daß bei den nicht schiffbaren oder floßbaren Gewässern das Bett nicht den Anstößern gehöre, indem sie sagen:

Es begreift sich leicht und ist verständlich, wenn der Gesetzgeber unter dem Titel der Entschädigung dasjenige, was dem Staate gehört, zuweist, aber geradezu unbegreiflich und unverständlich wäre es, wenn er auf dieselbe Weise Sachen zuwiese, welche Dritten gehören. Also, schließen sie, wenn der Gesetzgeber über das von einem kleinen Wasser verlassene Bett verfügt, so anerkennt er dadurch gerade stillschweigend, daß dieses Bett dem Staate gehöre.

Um nun die Hinfälligkeit dieser Beweisführung klar einzusehen, muß man auf die Motive zurückgehen, aus welchen der Inhalt des L.R.S. 563 hervorgegangen ist.

Nach dem ursprünglichen Entwurfe des Gesetzbuches gehörte als Entschädigung das alte verlassene Flußbett nur in dem Falle den Eigenthümern der unter Wasser gesetzten Grundstücke, wenn es sich um ein schiffbares oder floßbares Wasser handelte, während im umgekehrten Falle bei kleineren Gewässern dieses alte verlassene Bett den Ufereigenthümern sein sollte. Diese Unterscheidung, welche mit jener zusammenfällt, welche bezüglich der Inseln gemacht ist (Art. 560 u. 561), wurde nun von der legislativen Sektion gestrichen und ihr System vom Staatsrathe angenommen, wofür dieser als Grund aufführte:

> „Die Billigkeit streitet für Diejenigen, welche durch die Aenderung des Laufes des Wassers Land verloren haben. Und jetzt, wo es sich um ein neues Gesetz handelt, muß man diese Billigkeit zur Richtschnur nehmen."

Hiernach springt es in die Augen, daß Grund und Zweck des Satzes 563 ganz unabhängig von einem angeblichen Eigenthumsrecht des Staates ist, welches man, wenn man die Sache logisch richtig nimmt, auch hätte auf die Inseln ausdehnen müssen. Das, was dem Gesetzgeber augenfällig vor dem Geiste schwebte, war das Prinzip der Billigkeit. —

Aus dem Allem folgt der Schluß, daß der Satz 563 auf Festsetzung einer Entschädigung zu Gunsten der Grundeigenthümer, welche durch die Aenderung des Flußbettes Boden verloren, sich beschränkt. Folglich wenn Niemand Etwas verlor, z. B., wenn das Wasser sich einen unterirdischen Ausgang sucht, oder die Quelle versiecht, also auch Niemand auf Entschädigung Anspruch machen kann, muß man auf die ursprüngliche Unterscheidung der Sätze 560 und 561 zurückkommen, wonach bei schiff- und floßbaren Gewässern dem Staate, und bei nicht schiff- und floßbaren, den Ufereigenthümern das Wasserbett als Eigenthum zugeschieden ist.

Nach der klaren Bestimmung des Satzes 561 gehören Anlagen und Inseln in nicht schiffbaren und nicht floßbaren Gewässern den Ufereigenthümern, d. h. den Anstößern auf beiden Seiten der ganzen Länge nach, wo diese Anlagen und Inseln entstanden waren. Wenn nun aber das Wasser seinen Lauf ganz ändert, einen neuen nimmt und nach einer ganz andern Richtung hinfließt, so werden diese Anlagen und Inseln unzertrennbare Theile oder Zugehörden des alten Wasserbettes und erscheinen darauf als kleine Erhöhungen oder Hügel. Nun sagt der weitere Satz 563 wieder ganz bestimmt und deutlich, daß das alte Bett, also die Sohle mit den Anlagen und Hügeln, welch' letztere bisher den Anstößern gehörten, in einem solchen Falle den unter Wasser gesetzten Grundbesitzern als Entschädigung zukommen soll. — Hieraus entsteht gegen die Lehre Derjenigen, welche das Eigenthum am Bett kleiner Gewässer den Ufereigenthümern

Digitized by Google

ab- und dem Staate zusprechen, ein unwiderlegbarer Einwurf: wenn nämlich der schon oben berührte Fall, wo das Wasser, wenn es das alte Bett verläßt, kein neues mehr einnimmt, also Niemand entschädigt zu werden braucht, eintritt, so verfallen die Anhänger jener Lehre einem unvermeidlichen Doppelschlusse. Entweder müssen sie sagen, diese Inseln und Anlagen, welche, nachdem das Bett ausgetrocknet daliegt, dieses Bett selbst, nämlich die obere Parthie (Gipfel, Kopf ꝛc.) darstellen, gehören dem Staate, was dem ganzen Inhalt des L.R.S. 561 vollständig widerspräche; oder sie müssen sagen, der obere Theil, die obere Parthie (Gipfel, Kopf ꝛc.) gehöre dem Ufereigenthümer und die untere Parthie, der untere Theil (der Fuß ꝛc.) gehöre dem Staate; was eine Ungereimtheit wäre.

Im Uebrigen besteht das Eigenthum des Flußbettes als solches, d. h. so lange es noch mit Wasser bedeckt ist, so zu sagen in nichts als einem bloßen Gedanken, als einer bloßen Rechtsdichtung. Denn die Besitzer können davon keinen Gebrauch machen, von ihm keinen Nutzen ziehen. Und erst beim Ausbleiben oder Zurückziehen des Wassers vom Boden des Bettes erhält dieses den Charakter eines wahren Eigenthums. So lange ein Gebrauch oder eine Benützung unmöglich ist, weil Grund und Boden unterm Wasser liegt, also ertragsunfähig ist, — erscheint das anerkannte Recht der Ufereigenthümer eher als ein bloßer Keim des Eigenthums an die etwa an dieser Stelle entstehenden Inseln, denn als ein wirkliches nutzbares Eigenthum.

Fr. Jos. Müller,
Oberamtsrichter in Weinheim.

Anmerkung der Redaktion.

Zachariä behandelt diese Frage gar nicht, sondern beschränkt sich darauf, in der Note 20 zu §. 203 (Bd. I. S. 508) zu bemerken:

„Ueber das Eigenthum am Flußbette
Sirey XL. I. 696.
XLI. II. 362."

Die an beiden Stellen mitgetheilten Entscheidungen sprechen aber nicht von dem verlassenen Flußbette.

Nach römischem Rechte gehörte es den Ufereigenthümern.

Aubry et Rau §. 203 Note 29 (T. II. p. 229):

„D'après la législation romaine, le lit abandonné était attribué aux riverains à titre d'accession.*)
§. 23 J. de rer. divis 2,1.
l. 1 §. 7 D. de flumin. 43,12.
Cette règle paraît avoir été généralement suivie dans le pays de droit écrit.
Dalloz 1834 2. 16.
Sirey 41,1. 54.
cfr. Locré, Lég. VIII. p. 129 Nro. 17."

Pothier, tr. du dom. de propr. Nro. 160 billigt dies:

„Les héritages de ces riverains ayant du côté du fleuve une étendue illimitée, qui n'avait d'autres bornes que le fleuve, et qui comprenait même les rivages et tout ce qui n'était pas occupé par le fleuve, le lit qu'avait occupé le fleuve, lorsque le fleuve cessait de l'occuper, était censé faire partie de ces héritages et en être un accroissement . . . ."

In den Ländern des Gewohnheitsrechts war es anders.

Aubry et Rau l. cit.:

„Dans les pays coutumiers, le lit abandonné était dévolu au roi ou au seigneur haut-justicier, suivant qu'il s'agissait d'une rivière navigable, ou non navigable."

Marcadé ad art. 561 (T. II. p. 415) spricht unter Ziff. II. seine, aus der Bestimmung des art. 561 über das Eigenthum an den Inseln (l'accessoire et une partie du lit de la rivière) gewonnene Ueberzeugung aus:

„que l'état, devenu en effet propriétaire des petites rivières par l'abolition du régime féodal, en a attribué la propriété plus tard aux riverains, lors de la confection du Code."

Im Entwurf des C. c. war aber wieder nach der Eigenschaft der Gewässer unterschieden.

Demolombe l. c. Nro. 162:

„D'après le projet du Code civil (art. 22 et 23 du titre II. livre II.) le lit abandonné n'était attribué aux propriétaires des héritages nouvellement occupés, que lorsqu'il s'agissait d'une rivière navigable ou flottable; et dans le cas contraire, il était attribué aux riverains."

Allein diese Unterscheidung wurde beseitigt und Art. 563, den Aubry et Rau als „introductif d'un droit

*) Demolombe T. X. No. 162 (T. V. Bruxelles) erwähnt hiebei: „Telle paraît aussi avoir été la décission de la jurisprudence française sous l'ordonnance de 1699."

Digitized by Google

nouveau" bezeichnet, im Einklang mit dem englischen Gesetz gefaßt.

Demolombe l. cit.:

„Cette distinction a été supprimée et l'art. 563 assimile, à cet égard, tous les cours d'eau."

Dalloz, rép. mot: Propriété Nro. 599 T. 38 p. 308:

„. . . lors de la rédaction definitive du projet du Code Napoléon des jurisconsultes du midi de la France parvinrent à faire écarter ces principes (sc. du droit romain) et à leur substituer la disposition de l'art. 563, parce que telle était la jurisprudence du parlement de Toulouse: ils auraient pu, en outre invoquer à l'appui de l'innovation qu'ils proposaient, l'autorité des lois anglaises."

Blackstone, trad. T. 3 p. 89.

Auch Marcadé erwähnt in Nro. 162 mit Bezug auf Blackstone l. cit., daß das englische Recht der Bestimmung des art. 563 entspreche, fügt aber bei:

„Nous allons reconnaître qu'elle serait, en effet, très-regrettable, si le fait dont elle s'occupe n'était pas une sorte de phénomène infiniment rare."

Derselbe (l. cit. p. 416) findet in art. 563 nur eine gerechtfertigte Ausnahmsbestimmung gegenüber der oben aufgestellten Regel:

„L'on peut voir là, au lieu d'expropriation forcée une simple résolution, stipulée à l'avance, du droit de propriété. En effet, l'état, devenu en 1789 propriétaire des petites rivières, a bien pu en 1804, lors de la promulgation du Code, ne les attribuer aux propriétaires riverains que sous certaines conditions ou réserves; il a bien pu stipuler (et c'est ce qu'il a fait dans l'article 563) que les riverains **cesseraient** d'être propriétaires si telle circonstance (qui sera nécessairement **rare**) se réalisait, c'est-à-dire si la rivière quittait tout à coup son lit pour en prendre un nouveau."

Dabei erkennt er aber das Eigenthümliche dieser Bestimmung an:

„Ce n'est pas par accession que la propriété de l'ancien lit est acquise au propriétaire dont le terrain est occupé par le nouveau lit; car le fonds de ce propriétaire peut fort bien n'être pas en contact avec l'ancien lit qu'on lui attribue. Notre article présente donc un cas d'acquisition s'accomplissant directement et uniquement par la volonté de la loi, lege."

Diese Eigenthümlichkeit wird entschieden ungünstig beurtheilt von:

Aubry et Rau l. cit.:

„L'innovation du Code ne nous paraît pas heureuse; elle est contraire au principe de l'accession, et le motif d'équité sur lequel on l'a fondée est très-contestable, du moins pour les lits de cours d'eau qui ne dépendent pas du domaine public."

Demolombe t. X. (V. Bruxelles) Nro. 171:

etc. „il est bien clair que l'ancien lit n'est pas attribué, par droit d'accession, aux propriétaires des fonds nouvellement occupés; c'est donc un mode d'acquisition qui dérive de la loi elle-même, „a lege," et qui est fondé sur des considérations, plus ou moins plausibles d'équité naturelle."

Dalloz, rép. m.: „Propriété" Nro. 601 T. 38 p. 309:

„On a fait observer qu'à tout prendre cette innovation, que consacre l'art. 563 aux principes du droit romain, n'était rien moins qu'heureuse: „Dans le droit romain, dit à ce sujet Mr. Chardon, chap. 6 §. 3 Nro. 179, le sol du lit abandonné par le cours d'eau était attribué aux riverains qui, perdant son précieux voisinage, trouvaient au moins dans le sol quelques dédommagements des avantages dont ils étaient privés. Ceux qui fournissaient le nouveau lit avaient aussi leur indemnité dans la présence des eaux sur les bords de leurs fonds. Dans le Code civil, toute la perte est pour ceux dont le cours d'eau abandonne les rives. Pour eux, il n'y a plus ni pêche, ni irrigation; ils perdront dans quelques cas, la faculté d'établir une usine. Tous ces avantages passeront à ceux qui auront le cours d'eau: ceux-ci viendront encore s'emparer d'un sol que les premiers auront peut-être récemment perdu. N'est-il pas évident qu'il y avait beaucoup plus de justice distributive dans la loi romaine, qu'il n'y en a dans le Code civil?

Sous un autre rapport encore on reconnaîtra, je l'espère, que l'innovation qui a été introduite, n'a pas été le fruit d'une heureuse conception. Quand les riverains du lit abandonné réunissaient à leurs fonds les parties de ce lit qui y étaient adhérentes, ces accroissements recevaient de la valeur par leur réunion aux anciens fonds: mais que seront pour ceux à qui

Digitized by Google

le Code donne les fractions détachées d'un sol auquel ils n'auront rien d'adhérent et qui rarement pourront avoir quelque prix?"

Nous nous associons à cette judicieuse critique, en ajoutant qu'en fait de dérogations au droit romain il en était une, en cette matière, qui eût été plus logique et plus en harmonie avec d'autres textes même du Code. Ainsi, du moment qu'aux termes de l'art. 560 les îles, îlots et atterrissements qui naissent dans le sein des rivières navigables et flottables et ne sont que des parties exhaussées du lit, se trouvent attribuées en propriété à l'état, le législateur n'a pu, sans incohérence dans les dispositions de la loi, soumettre le lit entier à un régime différent et le faire entrer dans le patrimoine des particuliers: c'est pourtant ce qu'il a fait, en aggravant cette incohérence par la préférence qu'il accorde, contrairement aux règles du droit romain, aux propriétaires des fonds nouvellement occupés, sur les riverains de l'ancien lit du fleuve. Vainement essaye-t-il de justifier cette attribution en la présentant, non comme fondée sur un droit rigoureux, mais comme l'équivalent d'une indemnité: il n'y a pas plus ici de droit à l'indemnité, en bonne équité, de la part des propriétaires des fonds nouvellement occupés, ainsi que les démontre Mr. Chardon dans le passage cité, qu'il n'existe à leur profit de droit de propriété, intrinsèque et précis, sur l'ancien lit dont il s'agit.

D'ailleurs, où mène le système de l'art. 563? Quand, par suite de la retraite insensible des eaux sur l'une des rives, le riverain du côté opposé voit, aux termes de l'art. 557 C. Nap., s'agrandir son héritage de toute l'étendue du relai resté à découvert, il eût donc fallu aussi, pour les mêmes motifs de prétendue et illusoire équité, régler l'indemnité due au propriétaire de l'heritage situé sur la rive envahie, puisque ce propriétaire fournit également sur le fonds qui lui appartient une partie du lit qu'occupe le fleuve: or c'est ce que n'a pourtant pas fait le législateur, et par là il s'est encore mis, sous un nouveau rapport, en contradiction avec lui-même."

30.

Werkverding.

(S. oben No. 9 Ziff. 26 S. 66–68.)

Um eine Entschädigungsklage gegen den Bauunternehmer erheben zu können, bedarf es nicht auch der Klage auf Auflösung des Werkverdings; diese ist vielmehr da, wo nicht der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt werden soll, rechtlich unbegründet.

Der Schaden besteht in der Werthdifferenz zwischen dem fehlerhaft hergestellten und dem meisterhaft herzustellenden Neubau.

Der Bauunternehmer kann die Fehler in der Bauart weder mit der mangelhaften Beschaffenheit des ihm gelieferten Werkstoffs, noch mit etwaiger Nachgiebigkeit gegen Wünsche oder Weigerungen des Bauherrn entschuldigen.

In der Leistung von Abschlagszahlungen während der Bauführung kann eine Anerkennung des ganzen, später erst vollendeten Neubaues nicht gefunden werden.

Wenn das Gutachten ein minimum und ein maximum der Schadensgröße bezeichnet, so ist diese nur in dem Betrag, welcher dem minimum entspricht, festgestellt.

In Sachen
des Mathias Augenstein in Ispringen, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Martin Augenstein Maurer von Brötzingen, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten, Vertragsauflösung und Entschädigung betreffend,

hat auf das Urtheil des großh. Amtsgerichts Pforzheim vom 19. Februar 1866:

„der zwischen den Partieen abgeschlossene Werkverdingsvertrag sei für aufgelöst und der Beklagte für schuldig zu erklären, dem Kläger binnen vier Wochen bei Zwangsvermeiden eine Entschädigungssumme von 500 fl. zu bezahlen und die Kosten des Verfahrens zu tragen;

sodann auf das Urtheil des großh. Kreis- und Hofge-

Digitized by Google

richts Karlsruhe, Appellationssenat, vom 23. Juni 1866, No. 1454, des Inhalts:

das amtsgerichtliche Urtheil sei unter Verfällung des Appellaten in die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges dahin abzuändern, daß der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen werde;

auf die vom Kläger hiegegen ergriffene Oberappellation das großh. Oberhofgericht nach gepflogenen Verhandlungen durch Urtheil vom 12. Februar 1867 erkannt:

das Urtheil des Appellationssenats sei dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern:

der Beklagte ist schuldig, dem Kläger eine Entschädigungssumme von 400 fl. binnen vier Wochen bei Zwangsvermeiden zu bezahlen.

Mit der Mehrforderung, sowie mit dem Begehren, den Werkverdingsvertrag für aufgelöst zu erklären, wird Kläger abgewiesen. Von den Kosten aller drei Rechtszüge hat Kläger $^1/_3$ tel, Beklagter $^2/_3$ tel zu tragen."

Entscheidungsgründe:

Das Begehren auf Vertragsauflösung erscheint als unbegründet; letztere setzt nämlich die Möglichkeit und die Absicht der Partei, welche die Auflösung verlangt, voraus, daß der frühere Zustand wieder hergestellt werde. Im vorliegenden Falle ist diese Möglichkeit dadurch faktisch ausgeschlossen, daß der Beklagte nur die Herstellung der Maurerarbeit übernommen hat, zu gleicher Zeit mit deren Vollendung aber auch die Zimmerarbeit nahezu ausgeführt gewesen ist, das Mauerwerk daher nicht ohne Zerstörung oder Beeinträchtigung der mit ihm verbundenen Zimmerarbeit weggeräumt werden könnte. Jedenfalls liegt diese Folge seines Klagbegehrens offenbar nicht in der Absicht des Klägers, der — ungeachtet seines fehlerhaften Klagbegehrens, welches erst in der mündlichen Verhandlung der dritten Instanz gehörig erläutert wurde — vielmehr den Bau, wie er hergestellt ist, behalten, und nur dafür entschädigt werden will, daß derselbe nicht vertragsmäßig, sondern fehlerhaft ausgeführt worden ist. Es muß daher das mit dem Entschädigungsbegehren gehäufte Verlangen der Vertragsauflösung, weil rechtlich unbegründet, zurück gewiesen werden.

Dagegen stellt sich die Entschädigungsklage als wohlbegründet dar. Nach den L.R.S.S. 1792. 2270 in Verbindung mit den L.R.S.S. 1721. 1142. 1145 ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger jeden Schaden zu ersetzen, welchen das übernommene Bauwerk, das er in gutem Stande fehlerlos herzustellen verpflichtet war, wegen Fehlern in der Bauart erleidet, und welcher hier in dem klagend beanspruchten Minderwerth des Gebäudes, nämlich in demjenigen Betrage besteht, um den der Neubau weniger, als wenn er, den Vertragsbedingungen und der dem Beklagten gesetzlich obliegenden Verpflichtung entsprechend, meistermäßig aufgeführt wäre, werth ist.

Der Beweis der fehlerhaften Aufführung des Neubaus ergibt sich aber aus dem gerichtlichen Augenschein und dem Gutachten eines Sachverständigen, wonach sämmtliche Mauerflächen Krümmungen nach allen Richtungen und theilweise Risse zeigen, an vielen Stellen der gute Verband gänzlich außer Acht gelassen ist und ein Constructionsfehler dadurch begangen wurde, daß bei dem abschüssigen Gelände längs der hintern Fronte keine Strebepfeiler angebracht worden sind.

Die Einwendung, der Kläger habe den schlechten Zustand des Neubaues selbst verschuldet, weil er, dem die Lieferung des Werkstoffes oblag, schlechte Materialien geliefert und vom Beklagten verlangt habe, bei der hintern Mauer das alte Fundament zu benützen, ist unerheblich. Es war Pflicht des Bauunternehmers, schlechtes Material zurückzuweisen und beim Aufsetzen der hintern Mauer nach den Regeln seines Gewerbes und nicht nach den Zumuthungen des Klägers, wenn sie davon abwichen, zu verfahren, — sein Nachgeben gegenüber solchen, den Kunstregeln zuwiderlaufenden Anforderungen des Bauherrn betrachtet das Gesetz als eine culpose Handlung; der Unternehmer fügt sich hiebei auf seine eigene Gefahr, da aus Gründen des allgemeinen Besten die strengste Verantwortlichkeit desselben gesetzlich gefordert wird. Zachariä II. S. 453 ff. Marcadé VI. S. 536 ff. Troplong, louage No. 993 ff. Zudem ist der Beweis der Einwendung gänzlich mißlungen, indem nach dem Gutachten des Sachverständigen das verwendete Material gut ist und von den einvernommenen Zeugen keiner bestätigen konnte, daß das Aufsetzen der hintern Façademauer auf das alte Fundament auf Geheiß des Klägers, was dieser bestritten hat, erfolgt sei. (Schl. flgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juni 1867. No. 6.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 6.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juni 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 4. Juni.	
130	Böckmann gegen Ultramarinfabrik. — Vertraghaltung. . .	Eller. — Mays.
	Donnerstag den 6. Juni.	
38	Kech gegen ihren Ehemann. — Ehescheidung.	v. Engelberg. — Geißmar.
34	Chemische Fabriken Mannheim gegen Giese. — Conventionalstrafe.	Bertheau. — Grimm.
	Donnerstag den 13. Juni.	
31	Krumbach gegen v. Fürstenberg. — Holzberechtigung. . . .	Bertheau. — Wedekind.
32	Kath. Oberstiftungsrath gegen Steinsfurt. — Eigenthumsrecht. .	Barazetti. Eppinger.
	Dienstag den 18. Juni	
30	Raithenbuch gegen v. Fürstenberg. — Eigenthum. . . .	Effer. — Wedekind.
26	Baden gegen Dörr. — Entschädigungsforderung. . . .	Bertheau. — Effer.
	Freitag den 21. Mai.	
29	Mannheimer gegen Sasbach. — Eigenthumsanspruch. . .	Wedekind. — Effer.
	Dienstag den 25. Juni.	
46	Bayer gegen ihren Ehemann. — Ehescheidung. . . .	Bayer. — Kusel.
28	Seebert gegen Seebert. — Theilungsanerkennung. . . .	Zutt.
	Donnerstag den 27. Juni.	
23	Lott gegen Müller. — Erbtheilung.	Grimm. — v. Feder.
36	Glusenkamp gegen Traumann. — Forderung.	Eller. — Grimm.

Digitized by Google

Soeben ist in der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim eingetroffen:

Der XI. Band von

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son Cours de droit civil, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume. Le savant professeur de Caen est placé aujourd'hui au premier rang des sommités de la science; aussi le gouvernement français lui a-t-il offert récemment un siége à la cour de cassation; mais, pour pouvoir se consacrer entièrement à l'oeuvre capitale qu'il a entreprise, M. Demolombe n'a pas hésité à refuser cette éminente position.

Le Cours de droit civil est à la fois un livre de science et de pratique; il s'adresse à la magistrature et au barreau, comme aux écoles. Cette double destination donne à cette oeuvre un caractère tout particulier.

Les recueils de jurisprudence s'empressent de le citer; mais, comme leurs citations se rapportent en général à l'édition originale, nous avons cru faire chose utile, pour nos lecteurs, en indiquant, en tête de nos pages, la pagination correspondante de l'édition française. Ainsi: P., t. Ier, 4—6 signifie: édition de Paris, tome Ier, p. 4 à 6.

EN VENTE:

Tome I. — De la Publication, des Effets et de l'Application de lois en général, de la Jouissance et de la Privation de droits civils, des Actes de l'état civil, du Domicile et de l'Absence. (Tomes I. et II. de l'édition française.)

Tome II. — Du Mariage et de la Séparation de corps. (Tomes III. et IV. de l'édition française.)

Tome III. — De la Paternité et de la Filiation, de l'Adoption et de la Tutelle officieuse et de la Puissance paternelle. (Tomes V. et VI. de l'édition française.)

Tome IV. — De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, de la Majorité, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire et des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés. (Tomes VII. et VIII. de l'édition française.) Suivie d'une table analytique des quatre premiers volumes.

Tome V. — De la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation. (Tomes IX. et X. de l'édition française.)

Tome VI. — Des Servitutes ou Services fonciers. (Tomes XI. et XII. de l'édition française.)

Tome VII. — Des Successions. (Tomes XIII. et XIV. de l'édition française.)

Tome VIII. — Des Successions. (Tomes XV. à XVII. de l'édition française.)

Tome IX. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XVIII. et XIX. de l'édition française.)

Tome X. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XX. et XXI. de l'édition française.)

Tome XI. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XXII. et XXIII. de l'édition française.) Suivie d'une table alphabétique et analytique des Tomes IX., X. et XI.

Complette Exemplare sind zu fl. 54 und einzelne Bände à fl. 5 stets vorräthig.

Mannheim, den 20. April 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 17.

(Schluß von Art. 50.)

Ebenso wenig vermag den Beklagten von der ihm gesetzlich obliegenden Verantwortlichkeit die Verwahrung zu befreien, welche er, als ihm der Kläger die zur Fundamentirung der Giebelmauer verlangten Steinplatten verweigerte, dahin erklärt haben will: daß er sich nun um nichts mehr annehme, es möge mit dem Bau vorgehen, was da wolle, — da selbst ein ausdrückliches Vertragsgeding ihn von den auf dem öffentlichen Interesse beruhenden strengen Bestimmungen über seine Verantwortlichkeit nicht befreit haben würde.

Zachariä II. S. 454 Note 13.
Marcadé VI. S. 537.
Troplong No. 996.

Weiter schützt der Beklagte vor, der Kläger habe durch Leistung von Abschlagszahlungen, die er in verschiedenen Raten im Gesammtbetrage von 376 fl. zu einer Zeit gemacht habe, wo die hintere Façademauer und die vordere Giebelmauer schon ganz fertig waren, die Arbeit des Beklagten angenommen und mit solcher sich zufrieden erklärt. Auch dieser Einwand ist unbegründet und daher verwerflich. Die Bestimmung des L.R.S. 1791 findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da es sich um kein Werk handelt, das nach dem Stück oder Maaß bestellt und abzuliefern war, sondern im Gegensatze hievon um ein im Ganzen in Bau genommenes und zu übergebendes Werk; hier kann in der Leistung von ohnedies regelmäßig bedungenen, wenigstens ziemlich allgemein üblichen — Abschlagszahlungen zu einer Zeit, woselbst nach der Darstellung des Beklagten der Bau im Ganzen noch nicht fertig war, nicht eine Uebernahme und Billigung des ganzen Neubaus gefunden werden.

Zachariä II. 454. Note 13.

Bezüglich der Größe der Entschädigungssumme, welche das Amtsgericht in Gemäßheit des Klagbegehrens auf den Betrag von 500 fl. festgesetzt hat, erscheint übrigens die Beschwerde des Beklagten als begründet. Der Sachverständige hat nämlich den Minderwerth des Neubaues auf beiläufig 400 bis 500 fl. geschätzt und es werden keine Gründe dafür geltend gemacht, daß gerade der höchste Betrag der von dem Sachverständigen bezeichneten, zwischen einem minimum und einem maximum schwebenden und somit nicht feststehenden Entschädigungssumme anzunehmen sei. Ebenso gibt das Gutachten, weil es unbestimmt lautet, auch zur Entscheidung für eine innerhalb jener beiden äußersten Beträge liegende Summe keine hinreichend sichere Grundlage, sondern — als vollbewiesen kann nur der von dem Sachverständigen bezeichnete niederste Betrag des Minderwerths, weil dieser allein als festgestellt sich darstellt, angesehen werden, auf den somit erkannt wurde, und welcher dem Kläger, gegenüber dem Reste der Accordsumme, den er noch an den Beklagten zu entrichten hat, zusteht.

Aus diesen Gründen wurde in der Hauptsache, wie geschehen, entschieden. Die verhältnißmäßige Theilung der Kosten rechtfertigt sich dadurch, daß der Kläger mit dem Begehren auf Vertragsauflösung, das für ihn in Vergleichung mit dem Verlangen einer Entschädigung jedoch nur von untergeordnetem Belange ist, sowie mit dem Begehren einer höheren als der zuerkannten Entschädigungssumme unterlegen ist, mit seinem Hauptbegehren aber größtentheils obgesiegt hat. §. 170 d. PrO.

Red.

51.

1) Fahrbillete einer Staatseisenbahn sind öffentliche Urkunden.

2) Zum Thatbestande der Urkundenfälschung gehört, soweit es sich um Verfälschung einer ächten Urkunde handelt, eine wesentliche Aenderung, die eine selbstständige Erkenntnißquelle für den vom Fälscher beabsichtigten Zweck bildet.

3) Eine einfache Verkleckung eines wesentlichen Theiles der Urkunde bildet nur dann jenen Thatbestand, wenn durch die bewirkte Verdeckung der

Fälschungszweck selbstständig zu erreichen ist, was also bezüglich eines durch die Urkunde bezeichneten Geldbetrags nur in der Richtung auf Herabsetzung, nicht aber auf Erhöhung desselben möglich ist.

Die vorstehenden Sätze kamen bei der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim in der Anklagesache gegen den früheren Eisenbahnexpeditionsgehilfen August Rapp von Steinegg wegen Fälschung öffentlicher Urkunden zur Anwendung; die folgenden Entscheidungsgründe enthalten auch das Thatsächliche des Falles, soweit es für die Zwecke dieser Zeitschrift nöthig ist:

Als festgestellt erscheint, daß August Rapp den Nachtdienst am Schalter des Bahnhofs zu Mannheim vom 22. auf den 23. September v. J. zur Verübung eines Betrugs aus Gewinnsucht mißbrauchte. Als nämlich die Passagiere K. und B., welche den Nachtzug zur Fahrt nach Carlsruhe benützen wollten, Fahrbillete III. Classe bis Carlsruhe begehrten und nach dem Preise fragten, bezeichnete Rapp als diesen, statt des tarifmäßigen Preises von 1 fl. 18 kr. den Betrag von 2 fl. 18 kr., den er auch von jedem der Beiden gegen Hingabe der Billete erhob. Als die beiden Passagiere aber auf dem Carlsruher Bahnhofe an den aufgehängten Tafeln ersahen, daß die Taxe nur 1 fl. 18 kr. betrage und deßhalb die zufällig in ihrem Besitze gebliebenen Billete besichtigten, entdeckten sie, daß an jedem derselben die vor dem Guldenzeichen stehende Zahl „1" mit Tinte überdeckt war, weßhalb sie diesen Vorfall durch das Beschwerdebuch zur Kenntniß der Behörde brachten. Auf Grund der geführten Untersuchung beantragte die großh. Staatsbehörde in erster Reihe die Verurtheilung Rapps, wegen Fälschung öffentlicher Urkunden aus Gewinnsucht, fürsorglich wegen Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht, ganz fürsorglich wegen Betrugs. Allein der Gerichtshof konnte nur das letztgenannte Vergehen als verübt erachten.

Die Fahrbillete einer Staatseisenbahn erscheinen allerdings als öffentliche Urkunden im Sinne des L.R.S. 1317 und des Str.G.B. §. 423, sie geben von den mit ihrer Controle beauftragten Beamten der Eisenbahnverwaltung aus, werden durch deren Bedienstete gegen die darauf bezeichneten Taxen an das reisende Publikum abgegeben, sie machen und beanspruchen öffentlichen Glauben in den Beziehungen der Eisenbahnverwaltung mit dem Publikum, während sie gleichzeitig Einnahmsbelege für die Cassenabrechnung bilden; auch werden sie nach bestimmten Verordnungen und Reglements unter bestimmten Formen, insbesondere auch mit dem Trockenstempel ausgestattet, sie sind also Urkunden, die von solchen öffentlichen Beamten, die am Orte des Geschäfts zu beurkunden berechtigt sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt werden.

Chauveau et Hélie, théorie du code pénal, l. 458.

Urtheil des Gerichtshofes zu Brüssel vom 15. November 1849 l. c.

Annalen der badischen Gerichte Bd. XXX. 293, XXXII. 160.

Auch ist an sich die Fälschung einer Urkunde durch Verkleckung einer wesentlichen Stelle möglich, allein nur unter der Voraussetzung, daß die Verdeckung mit Tinte hinreicht, um eine Erkenntnißquelle für die vom Fälscher beabsichtigte neue Gestalt der Urkunde zu bilden. Bei einer Verwischung mit Tinte könnte also eine Fälschung verübt werden, wenn der Urkunde z. B. der Anschein eines Minderwerths gegeben werden wollte, etwa zu Abrechnungszwecken, wenn zur Verdeckung eines Cassendefects der Schalterbeamte bei dem Abrechnungsbeamten den Glauben erregen wollte, die Fahrtaxe betrage nur 18 kr. und deßhalb das „1" der Guldenstelle mit Tinte verdeckte. Dagegen kann dieses Verklecksen an sich eine Fälschung im gesetzlichen Sinne in der Richtung, dem Billete einen höheren Taxwerth zu verleihen, nicht bilden.

Heffter, Criminalrecht §. 389 meint zwar, es gehöre zur Urkundenfälschung nur, daß gegen Andere Urkunden vorgebracht werden, die dasjenige nicht sind, wofür sie sich ankündigen oder deren wahre Beschaffenheit verändert worden ist, so daß entweder ein Mangel an vorhandenen rechtlichen Erkenntnißgründen, wie sie aus ächten Urkunden geschöpft werden dürfen, entsteht, oder so, daß unächte Erkenntnißgründe statt ächter geschaffen werden. Allein es darf sich jener Mangel an der Erkenntnißmöglichkeit nicht bis zur völligen Unmöglichkeit der Erkenntniß steigern, weil sonst aus der veränderten Urkunde allein die bei der Aenderung herrschende Absicht gar nicht selbstständig erkannt werden kann. Die Fälschung ist nichts Anderes als die Nachahmung der Wahrheit;

(illud studium falsatoribus esse credentes, ut ad

imitationem literarum semetipsos maxime exercerent, eo quod nihil est aliud falsitas, nisi veritatis imitatio; Novella LXXIII. de instrumentorum cautela et fide),

an einer solchen Nachahmung fehlt es aber offenbar, wenn Jemand, der für ein auf 1 fl. 18 kr. taxirtes Billet 2 fl. 18 kr. erhalten will, den Einer zukleckst, denn damit hat er gewiß ebenso jede andere Zahl wie die Zwei, er hat eben gar keine andere Zahl damit nachgeahmt. Aus der Urkunde, wie sie jetzt vorliegt, kann an sich eine Benachtheiligung eines Dritten nicht erzielt werden, namentlich nicht in der Richtung, daß auf dieselbe hin, ohne weitere Vorspiegelung, 2 fl. 18 kr. erhoben werden könnten. Zum Thatbestande der Fälschung gehört aber, daß die geänderten Punkte wesentlich sind, und daß aus der Aenderung unmittelbar, d. h. durch einfachen Gebrauch der geänderten Urkunde ein Nachtheil für einen Dritten zu erwachsen vermöge.

Chauveau et Hélie, Théorie I. 462: Il est nécessaire que les clauses altérées soient substantielles et qu'il puisse en resulter quelque préjudice pour autrui.

Magazin für Rechtspflege 2c. V. 129.

Im vorliegenden Falle war dagegen die wesentliche Vorspiegelung die mündliche Anforderung der 2 fl. 18 kr.; regelmäßig versichern sich die Passagiere nicht durch einen Blick auf das Billet von der Richtigkeit der Anforderung, sondern sie zahlen das Angeforderte. Die Veränderung des Billets sollte nur jene Vorspiegelung unterstützen, sie trat als weiterer gemeiner Kunstgriff zur Verdeckung des Betruges, zur Erschwerung seiner Entdeckung am Schalter hinzu, und deßhalb gehörte sie, da es an der Selbstständigkeit der Wirksamkeit und damit an der größeren Gemeingefährlichkeit gebricht, nicht in die strafbarere Kategorie der Urkundenfälschung, sondern in dasselbe Bereich mit den mündlichen Wahrheitsentstellungen.

Magazin IV. 79.

Oberhofger. Jahrbücher IX. 99.

Als gemeiner Betrug nach §. 450 fällt daher die That Rapp's lediglich unter die Strafdrohung des §. 403 Ziff. 1 des Str.G.B. 2c." Heinsheimer.

32.

Steht den minderjährigen Kindern im Falle des L.R.S. 395 für die Ansprüche auf die Sammtverbindlichkeit ihres Stiefvaters ein gesetzliches Pfandrecht an dessen Vermögen zu?

Diese Frage wurde in den Fällen, welche in Lauckhards Rechtsfällen Bd. I. S. 313 ff. erwähnt sind, von den französischen Gerichtshöfen übereinstimmend bejaht.

Im folgenden Fall hat großh. Hofgericht in Mannheim durch Urtheil vom 7. September 1864 die Frage mit ganz neuen, noch nicht erörterten, Gründen verneint.

Am 5. September 1847 starb Johann Conrad Beisel von Heddesbach und seiner minderjährigen Tochter Eva Christina Beisel fiel ein Vermögen von 227 fl. 23 kr. an. Die Wittwe Eva geb. Ebert wurde als Vormünderin derselben bestätigt.

Am 5. November 1848 verheirathete sich die Wittwe an Küfer Georg Wilhelm in Heddesbach, ohne vor Abschluß der Ehe nach Vorschrift des L.R.S. 395 durch die Vormundschaftsbehörde die Frage entscheiden zu lassen, ob ihr die Vormundschaft über ihre minderjährige Tochter aus erster Ehe belassen werden solle. Sie führte mit ihrem zweiten Ehemann die Verwaltung über das Vermögen dieses Kindes fort, so daß also der Stiefvater für die widerrechtliche Fortführung der Vormundschafts-Verwaltung seiner Ehefrau kraft Gesetzes sammtverbindlich haftbar wurde.

Am 30. Mai 1852 starb die Ehefrau des Georg Wilhelm, ohne ihre Tochter mit ihrem Vermögen aus erster Ehe ausgeliefert zu haben, und Georg Wilhelm verheirathete sich mit Katharina geb. Reinhard.

Er erwarb in dieser Ehe mehrere Liegenschaften, die er im Jahre 1863 an Peter Schmitt von Bärsbach verkaufte, ohne seine Stieftochter mit ihrem väterlichen Vermögen ausgeliefert zu haben.

Im Jahre 1862 hatte sich Eva Christina Beisel mit Georg Heiß von Heddesbach verheirathet. Dieser trat nun im Jahre 1864 gegen Peter Schmitt von Bärsbach mit der Pfandklage auf, indem er behauptete, seine Ehefrau habe für ihr väterliches Vermögen von 227 fl. 23 kr. an dem Vermögen ihrer Mutter und Vormünderin das gesetzliche Pfandrecht der Minderjährigen erworben, und da Letztere bei ihrer Wiederverheirathung die Vorschrift des L.R.S. 395 nicht beobachtete, sondern

Digitized by Google

mit ihrem zweiten Ehemann die Verwaltung des Vermögens der Mündel fortgesetzt habe, so sei ihr Stiefvater für diese widerrechtlich fortgesetzte Vormundschaft sammtverbindlich geworden, die Mündel habe deßhalb auch auf das Vermögen ihres Stiefvaters ein gesetzliches stillschweigendes Pfandrecht erworben, unter Hinweisung auf die in Lauckhard's Rechtsfällen a. a. O. angeführten Gründe. Von diesem Pfandrechte seien die Liegenschaften, welche Georg Wilhelm erworben habe, ergriffen worden, und da das Eigenthum dieser Liegenschaften auf den Beklagten Peter Schmitt eigenthümlich übergegangen sei, so werde verlangt, daß dieser entweder das väterliche Vermögen der Ehefrau des Klägers mit 227 fl. 23 kr. bezahle, oder von den Liegenschaften ohne Vorbehalt abtrete.

Diese Klage wurde von großh. Amtsgericht Heidelberg und großh. Hofgerichte in Mannheim abgewiesen. Die hofgerichtlichen Gründe lauten wie folgt:

Wenn auch der klagenden Ehefrau für ihre Ansprüche an ihre Mutter als ihre ehemalige Vormünderin an den Liegenschaften derselben ein gesetzliches Unterpfandsrecht zustand, welches auch nach deren Wiederverheirathung mit Georg Wilhelm wirksam blieb, so ist doch die in Folge davon nach L.R.S. 395 eingetretene Haftbarkeit des Letztern eine rein persönliche, weil ihm nach Inhalt der Klage die Mitvormundschaft über die damals minderjährige Ehefrau nicht übertragen wurde, und das Gesuch nur das liegenschaftliche Vermögen des Vormundes mit einem gesetzlichen Unterpfandsrecht zu Gunsten des Minderjährigen belastet. (L.R.S. 2115. 2121. 2135 Ziff. 1.) Wie die Unterpfandsrechte überhaupt, sind auch die unmittelbar durch das Gesetz gegebenen Rechte dieser Art als Ausnahme von der im L.R.S. 2093 enthaltenen Regel streng auszulegen, und können daher nicht auf andere, im Gesetz nicht genannte Fälle ausgedehnt werden.

Eine Ausdehnung des gesetzlichen Unterpfandsrechts eines Minderjährigen auf die Liegenschaften seines Stiefvaters ist um so weniger zulässig, weil die Gründe, aus welchen der Vormund und der zweite Ehemann der Mutter — dem Minderjährigen verantwortlich sind, keineswegs die gleichen sind, mithin von einer wahren Analogie beider Fälle keine Rede sein kann. Während bei dem Vormund der Grund seiner Verantwortlichkeit in dem Rechte und der Pflicht der Verwaltung des Mündelgutes enthalten ist, beruht die nach L.R.S. 395 eintretende Haftbarkeit des Stiefvaters lediglich auf der von ihm mitverschuldeten Thatsache, daß der Minderjährige ohne Vormund ist, und erstreckt sich deßhalb, da seine Rechtshandlungen nicht, wie die des Vormundes, den Minderjährigen verpflichten, auch nur auf die Folgen, welche aus einer Unterlassung der nöthigen Fürsorge entstehen. Bei dieser Verschiedenheit der Gründe und des Umfangs der Verbindlichkeit des Vormundes und des zweiten Ehemannes kann daher daraus, daß das Vermögen des Ersteren mit einem gesetzlichen Unterpfandsrecht zu Gunsten des Minderjährigen belastet ist, wogegen aber auch der Vormund das Vermögen seines Mündels in Händen hat, und durch diesen Besitz theilweise gegen die aus dem Unterpfandsrecht für ihn entstehenden Nachtheile gesichert ist, auf eine gleiche Belastung des Letzteren, welchem die der Belastung gegenüberstehenden Rechte nicht zukommen, nicht geschlossen werden.

Wenn in der Beschwerdeschrift behauptet wird, daß das Gesetz beabsichtigt, den Minderjährigen unter allen Umständen sicher zu stellen und damit das beanspruchte Unterpfandsrecht gerechtfertigt werden will, so steht dieser Begründung entgegen, daß jene Behauptung in ihrer Allgemeinheit dem Inhalt des Gesetzes widerspricht, welches dem Minderjährigen zur Sicherheit eben nur diejenigen Rechte gewährt, die im Gesetzbuch bestimmt ausgedrückt sind, wie denn auch von selbst klar ist, daß, selbst außer dem Fall des L.R.S. 395 leicht Umstände eintreten können, welche Verluste für den Minderjährigen ohne Aussicht auf Ersatz (z. B. wegen Unzulänglichkeit der Unterpfandsobjecte) zur Folge haben. Der Minderjährige, dessen Mutter sich ohne die nach L.R.S. 395 und §. 16 des II. Einf.Ed. nachzusuchende Genehmigung der Obervormundschaftsbehörde wieder verheirathet, und damit die Vormundschaft verloren hat, wird dadurch in dieselbe Lage versetzt, wie wenn er aus einem andern Grund seinen Vormund verloren oder einen solchen überhaupt nicht gehabt hätte.

Es ist dann Pflicht der in §. 15 des II. Einf.Ed. genannten Personen, die Bestellung eines Vormunds zu betreiben und so wenig das Gesetz für den Fall, daß für die widerrechtliche Vernachlässigung dieser Pflicht dem Minderjährigen Schaden zugegangen wäre, dem Letzteren ein Unterpfandsrecht an dem Vermögen jener Personen einräumt, ebensowenig kann auch dem Minderjährigen im Falle des L.R.S. 395 gegenüber seinem

Digitized by Google

Stiefvater, der ihm ebenfalls nur wegen einer Unterlassung ähnlicher Art verantwortlich ist, ein gesetzliches Unterpfandsrecht zuerkannt werden.

Was schließlich die in der Beschwerdeschrift weiter enthaltene Behauptung betrifft, daß es natürlich und billig sei, daß den zweiten Ehemann die aus L.R.S. 395 folgende Haftbarkeit in derselben Weise treffe, wie seine Ehefrau, welche die Vormundschaft durch ihre Wiederverheirathung verloren habe, so beruht sie auf der durchaus willkührlichen und unrichtigen Unterstellung, als wenn einem Gläubiger gegen den nur neben oder für einen Andern Verpflichteten auch die ihm gegen den Hauptschuldner zustehenden Nebenrechte zukommen müssen, so daß also z. B. der Bürge, welcher für eine mit gesetzlichem Unterpfandsrecht versehene Forderung garantirte, ebenfalls hypothekarisch dafür einzustehen hätte, eine Unterstellung, deren Grundlosigkeit eines näheren Nachweises nicht bedarf.

Es wird zwar von mehreren Schriftstellern die Ansicht vertheidigt, daß dem Minderjährigen im Falle des Art. 395 ein gesetzliches Pfandrecht an den Liegenschaften seines Stiefvaters zustehe. (Troplong des privil. et hyp. II. nro. 426. Demolombe de la minor. nro. 128.) Von andern namhaften Schriftstellern wird aber besonders in neuerer Zeit das Gegentheil angenommen. (Zachariä V. Ausg. §. 121 vor und in Note 4 T. I. S. 298 299.) Die für die erste Meinung angegebenen Gründe, soweit sie nicht bereits durch die vorstehende Ausführung widerlegt sind, beschränken sich aber auf die unerheblichen Bestimmungen des römischen und älteren französischen Rechts und auf die durchaus unjuristische Annahme, daß im Urtext der Ausdruck „tutelle" am Schlusse des Art. 395 in demselben Sinne zu verstehen sei, wie in dem vorhergehenden Satz, wo von dem Verluste der Vormundschaft die Rede ist, und auf die darauf gegründete unhaltbare Unterscheidung zwischen tutelle de droit und tutelle de fait, wie unter Andern von Duranton (s. Note des Belg. Herausgebers zu Troplong a. a. O.) treffend nachgewiesen ist. Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des §. 168 der Pr.O. wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Latterner, Anwalt.

Anmerkung.

Nach Note 14 zu §. 264 bis. in Aubry et Rau t. II. p. 670 wird die in vorstehendem Urtheil zur Geltung gekommene Ansicht Zachariä's getheilt von

Delvincourt I. p. 271.
Duranton III. 426.
Valette, sur Proudhon II. p. 290 nro. 7.
Marcadé sur l'art. 395 nro. II..

Für die entgegengesetzte Ansicht wird sich aber dort auf

l. 6 C. in quibus causis pig. v. hyp. tac. const. 8, 14.
Persil sur l'art. 2121 nro. 32.
Grenier I. 280.
Troplong I. 426.
Taulier VII. p. 287.
Magnin, des minorités I. 457.
De Fréminville, de la minorité I. 51.
Demolombe VII. 128,

ferner auf

Sirey 25, 2. 51.
32, 2. 139.
34, 2. 231 und Note.
37, I. 88. 89 und
Pont nro. 500

berufen.

In Uebereinstimmung mit diesen Rechtslehrern und Entscheidungen ist im Text p. 669. 670 der Satz aufgestellt:

„Lorsque la mère survivante, qui faute d'avoir satisfait en convolant à de secondes noces aux prescriptions de l'art. 395, s'est trouvée déchue de la tutelle de ses enfants du premier lit, a continué de fait à la gérer, l'hypothèque légale qui grève ses biens garantit également la gestion postérieure au mariage, et s'étend même aux immeubles de son second mari."

Diese Abweichung von Zachariä's Ansicht*) wird in Note 14 mit folgenden Gründen gerechtfertigt:

*) Zachariä beruft sich in Note 4 zu §. 121 für seine Ansicht noch auf:

Du Caurroy ad art. 395,

und führt die entgegengesetzte unter Hinweisung auf:

l. 2. C. (Abs. 3) V. 35 quando mulier tutelæ officio fungi potest. (vergl. l. 6. C. VIII. 15) in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur;

auch an:

Chardon III. 114.
Magnin I. 457.

Dabei gibt er zu, daß der Gerichtsgebrauch für Annahme

Digitized by Google

„Nous croyons devoir nous séparer sur ce point de l'opinion de Zachariae, que nous avions reproduite dans nos premières éditions. En déclarant le second mari solidairement responsable avec sa femme des suites de la tutelle indûment conservée, l'art. 395 le considère virtuellement comme cotuteur de fait. On comprendrait difficilement que le mineur se trouvât privé, à raison de la faute que sa mère a commise, et à laquelle le second mari a participé, du bénéfice de l'hypothèque légale dont il aurait incontestablement joui sur les biens de ce dernier, si les prescriptions de la loi avaient été observées. On comprendrait tout aussi peu que la responsabilité solidaire qui pèse sur le second mari, fût destituée, en ce qui le concerne, de la garantie que la loi attache à toute gestion tutélaire, et qui, d'après l'opinion générale, s'applique à la tutelle indûment conservée par la mère. D'un autre côté, notre solution ne blesse en aucune façon les intérêts légitimes des tiers, puisque l'existence antérieure de la tutelle et la célébration du second mariage sont des faits légalement présumés publics, dont, en l'absence de toute nomination d'un autre tuteur, ils pouvaient et devaient tirer la conséquence que la mère avait été maintenue dans la tutelle, et que son nouvel époux lui avait été donné pour cotuteur. En aucun cas, et eussent-ils connu le véritable état des choses, ils ne sauraient être admis à se prévaloir, pour contester l'hypothèque légale, d'une irrégularité qui ne doit pas tourner au préjudice du mineur."

33.

Kommt den bürgerlichen Gerichten gemäß §. 21 der V.O. vom 20. November 1861 die Entscheidung der Frage zu, ob eine Stiftung als kirchliche oder weltliche zu betrachten sei?

Der kathol. Oberstiftungsrath in Karlsruhe, erhob als Vertreter der kathol. Kirche gegen den Lokalarmenfonds zu Dillendorf, vertreten durch den großh. Verwaltungshof in Bruchsal, eine Klage, deren Begehren dahin gerichtet war, daß dieser Fonds für eine kirchliche Stiftung erklärt werde, und daß der Vertreter des beklagten Fonds dies anzuerkennen, auch zu gestatten habe, daß das Vermögen des Fonds als einer kirchlichen Stiftung von der Klägerin verwaltet und benützt werde.

Die Klage stützte sich auf §. 10 des Gesetzes vom 9. October 1860 (Reggsbl. No. LI.), die rechtliche Stellung der Kirchen und kirchlichen Vereine im Staate betreffend, wonach „das Vermögen, welches den kirchlichen Bedürfnissen, sei es des ganzen Landes, oder gewisser Distrikte oder einzelner Orte, gewidmet ist, unter gemeinsamer Leitung der Kirche und des Staates verwaltet werden soll;" — sowie auf die §§. 5 und 21 der Staatsministerialverordnung vom 20. November 1861 (Reggsbl. No. LII.), die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens betreffend, welche, wie sie selbst im Eingange erklärt, zum Vollzug des erwähnten §. 10 des Gesetzes und „nachdem eine Verständigung mit dem Herrn Erzbischofe zu Freiburg über die Verwaltung des den kirchlichen Bedürfnissen gewidmeten Vermögens erfolgt ist," erlassen wurde, und welche, nachdem in §. 4 gesagt ist: „Das örtliche, das ist das für einen einzelnen Pfarrbezirk bestimmte Vermögen wird unter dem Vorsitz des geistlichen Vorstandes durch die Stiftungskommission verwaltet," in §. 5 festsetzt, daß „zu dem örtlichen Kirchenvermögen, außer den Pfründen und Meßnereien, insbesondere gehört:

a) Das Vermögen der Kirchenfabrik, das ist das zur Deckung des örtlichen Kultbedürfnisses bestimmte Vermögen.

   Hiezu sind auch die zu sogenannten Jahrtagen gemachten Stiftungen (Anniversarien) zu rechnen, wie diejenigen Vermögenstheile, welche etwa dem Kirchenfond zu andern wohlthätigen Zwecken, z. B. zur Armenunterstützung, geschenkt oder vermacht wurden.

b) Die Kirchen- und Pfarrhaus-Baufonds.

c) Das Vermögen lokaler kirchlicher Vereine und

---

einer gesetzlichen Hypothek an den Gütern des zweiten Ehemannes sei.

Hierfür kann noch auf
Sirey 22. II. 265. 362.
26. I. 298.
29. II. 28.
34. II. 118. Note 1,
verwiesen werden; auch
Dalloz, Rép. m.: Privilèges et hyp. nro. 1029 ff. t. 37 p. 295,
spricht sich für diese Annahme aus.

Digitized by Google

Genossenschaften (Bruderschaften), insofern sie körperschaftliche Rechte erlangt haben und ihre Statuten dies zulassen."

Nach §. 21 der erwähnten Verordnung ist aber über die Frage: „ob Stiftungen als weltliche oder kirchliche zu betrachten seien, wenn das Einvernehmen zwischen der Staats- und Kirchenbehörde nicht zu erzielen ist, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen," welch Letzteres mit der Klage bezüglich des Dillendorfer Lokalarmenfonds bezweckt ward, nachdem die Staatsbehörde abgelehnt hatte, dem deßfallsigen Begehren der Kirchenbehörde außergerichtlich zu entsprechen.

Zur thatsächlichen Begründung der Klage wurde behauptet, daß im Jahre 1691 zu Dillendorf die „Erzbruderschaft der seligen Jungfrau Maria vom Berge Karmel oder des heilbringenden Scapuliers" gestiftet und vom St. Blasischen Abt und Landesherrn Romanus am 22. Juli 1691, sowie vom General der Karmeliter zu Rom genehmigt, und daß hiebei bestimmt worden sei, daß die an jedem dritten Monatssonntag während der Messe dargebrachten Opfergaben der Bruderschaft gehören sollen, woraus sich ein Vermögen derselben gesammelt habe; daß im Jahre 1709 eine Zustiftung des Johannes Oberle im Betrag von 200 fl. mit der Auflage erfolgt sei, daß die Bruderschaft jährlich einen feierlichen Jahrtag ewig halten solle, welche Zustiftung vom Abt Augustin von St. Blasien als Landesherr und höchster Präses der Bruderschaft am 29./30. April 1709 genehmigt und angenommen worden. Weiter wird in der Klage angeführt, im Jahr 1809 sei zwar die Bruderschaft aufgelöst und mit den Bruderschaften Ewattingen und Fuetzen zu einem Armenfond Bonndorf vereinigt, ferner sei im Jahre 1819 wieder die Trennung des gemeinschaftlichen Armenfonds vorgenommen und der Gemeinde Dillendorf ihr Antheil daran zur eigenen Verwaltung übergeben worden; allein der kirchliche Charakter dieses Fonds, sowohl während seiner Vereinigung mit dem Bonndorfer Armenfond, als auch nach seiner Wiederausscheidung aus demselben, habe dessen ungeachtet fortgedauert, wie sich aus den Rechnungen desselben von 1809/62 ergebe, worin Ausgaben zur Bestreitung kirchlicher Bedürfnisse aufgeführt seien, insbesondere für gestiftete Jahrtage dem Pfarrer, Meßner und den Kirchensängern, für Wachs und für Armenunterstützung.

Das großh. Kreisgericht Waldshut erkannte am 28. Dezember 1865, die Klägerin sei mit der erhobenen Klage, unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits, abzuweisen; allein der Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz änderte am 3. Juli 1866 dieses Urtheil dahin ab:

> Der Lokalarmenfond zu Dillendorf sei als kirchliche Stiftung zu erklären, der Vertreter des beklagten Fonds habe dieses anzuerkennen und zu gestatten, daß sein Vermögen als kirchliche Stiftung gesetz- und verordnungsgemäß von der Klägerin verwaltet und benützt werde; auch habe der bekl. Fonds die Kosten beider Instanzen zu tragen."

Das großh. Oberhofgericht bestätigte am 7. Februar 1867 das Urtheil II. Instanz, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten auch der III. Instanz, in folgender Fassung:

> Der Lokalarmenfonds in Dillendorf sei als kirchliche Stiftung zu erklären, der Vertreter des beklagten Fonds habe dieses anzuerkennen und zu gestatten, daß sein Vermögen als kirchliche Stiftung gesetz- und verordnungsgemäß verwaltet und verwendet werde, auch habe der beklagte Fonds die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Die gegen das Urtheil des Appellationssenats ergriffene Beschwerde stellt sich als unbegründet dar.

Was vorerst die Frage: ob die bürgerlichen Gerichte zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits zuständig sind, betrifft, so ist dieselbe zu bejahen, weil die zum Vollzug des §. 10 des Gesetzes vom 9. October 1860 auf Grund der Verständigung mit der Kirchenbehörde erlassene allerhöchste Verordnung vom 20. Novbr. 1861, die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens betr., in §. 21 die Entscheidung der Frage: ob Stiftungen als weltliche oder kirchliche zu betrachten seien, geeigneten Falls vor die Gerichte verweist, und weil in der That eine Befugniß privatrechtlicher Natur in so fern im Streite liegt, als es sich um Entscheidung der Frage über die rechtliche Natur der Stiftung handelt, wovon nach dem angeführten Gesetze das Recht zu deren Verwaltung abhängig gemacht ist, welches bei Stiftungen eine größere Tragweite hat und auch die Befugniß in sich faßt, die Erträgnisse derselben zu den Stiftungszwecken zu verwenden.

In diesem Sinne ist das Klagbegehren auf Anerkennung der kirchlichen Natur der fraglichen Stiftung

Digitized by Google

und auf Zuerkennung des Rechts zur Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens aufzufassen und begründet – und erscheinen hiernach der katholische Oberstiftungsrath als diejenige Behörde, welcher die Aufsicht über die Verwaltung der kirchlichen Stiftungen und deren Rechtsvertretung zusteht, einer- und der Verwaltungshof, welchem die gleiche Zuständigkeit bezüglich der weltlichen Ortsstiftungen eingeräumt ist, anderer Seits im vorliegenden Streite als legitimirt.

Damit dem Klagbegehren entsprochen werden könne, hat der klagende Theil nur die kirchliche Natur der Stiftung nachzuweisen; dagegen ist die in Anregung gebrachte Frage über das Eigenthum des fraglichen Stiftungsvermögens für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage unerheblich. Das erwähnte Gesetz

man vergl. die Regierungsmotive S. 9, Commissionsbericht der zweiten Kammer S. 14,

hat die Frage des Eigenthums am Kirchengut absichtlich nicht entschieden, sondern das klagend verfolgte Recht lediglich von jener Nachweisung abhängig gemacht und die Bestimmung in §. 10 sammt der dazu gehörigen Vollzugsverordnung dafür Vorsorge zu treffen gesucht, daß das Kirchengut in seinem Bestande erhalten und sein Ertrag der Widmung gemäß verwendet werde.

Der Beweis der thatsächlichen Klagbegründung, wie er nach §. 5 a und c der besagten landesherrlichen Verordnung erforderlich, ist aber vollständig durch die anerkannten Urkunden hergestellt ꝛc.

Hinsichtlich der Errichtung der fraglichen Bruderschaft sind zwar weder die ursprüngliche Stiftungs- oder Genehmigungs-Urkunde, noch Abschriften hievon vorgelegt worden, so daß die Beweiskraft der vorgelegten Urkunden nicht nach den L.R.S. 1317. 1322. 1335 beurtheilt werden kann.

Allein dieselben führen jene Errichtung erzählender Weise dergestalt an, daß die Erzählung mit dem eigentlichen dispositiven Theil der Urkunden in unmittelbarem Zusammenhange steht, — und sie beweisen daher nach L.R.S. 1320 auch das, erzählender Weise Angeführte.

Die Urkunden enthalten nämlich zunächst Aufzeichnungen der Einkünfte der Pfarrei Dillendorf, sodann aber die Beschreibung der beim Gottesdienste daselbst einzuhaltenden Feierlichkeiten, und mit diesem letztbezeichneten Theile des Inhalts der Urkunden steht in innigster Verbindung die darin vorkommende Erzählung über die Errichtung der Bruderschaft und den Inhalt der Genehmigungsurkunde, indem danach gottesdienstliche Handlungen (Prozessionen, die Absingung bestimmter Litaneien, Opfermessen) vorzunehmen sind.

Die Beweiskraft dieser Urkunden erstreckt sich nicht nur auf die Betheiligten und ihre Rechtsfolger, sondern wirkt auch gegen Dritte, weil die vorliegenden Urkunden unstreitig alte, theilweise über 170 Jahre alte und stets in Archiven mit öffentlichem Glauben aufbewahrt gewesen sind

Zachariä, Handb. ꝛc. IV. S. 454 Note 18.
Spangenberg, die Lehre von dem Urkundenbeweise ꝛc. II. 7 f. 10 No. 3. 60.

Hinsichtlich der Zustiftung Oberle's wurde die Originalstiftungsurkunde vorgelegt und anerkannt, und auch diese Urkunde ist stets in öffentlichen Archiven aufbewahrt gewesen. Wenn dieser Umstand den sämmtlichen Beweisurkunden auch nicht den Charakter öffentlicher Urkunden verleihen kann, sofern sie nicht schon an sich diesen Charakter haben, so kommt er ihnen doch in so fern zu Statten, als er die volle Sicherheit gewährt, daß die Urkunden seit ihrer Niederlegung in den Archiven in keiner Weise verändert worden sind. Da sie aber in der That sich als öffentliche Urkunden darstellen, indem insbesondere das Fehlen des die Stelle der Unterschrift vertretenden Siegels des Verfassers der Urkunde vom Jahre 1709 bei dem Umstande, daß nach dem an ihr ersichtlichen Spuren dasselbe früher an ihrem untern Rande angehängt war, bei dem hohen Alter der Urkunde unerheblich erscheint, — und da ferner bezüglich dieser, aus einer längst vergangenen Zeit herstammenden Urkunden die Vermuthung dafür streitet, daß bei deren Abfassung die gesetzlichen Formen beobachtet worden sind, — so haben die darin niedergelegten Aufzeichnungen von Beamten über Amtshandlungen und offizielle Wahrnehmungen — mit öffentlichen Verfügungen und Zeugnissen heutigen Tags die gleiche Beweiskraft.

Spangenberg a. a. O. I. 259.
II. 43 ff., 95 f.
Wetzell, Civilproz. S. 209 f., 219 ff.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 18.

(Schluß von Art. 53.)

Daß die in Frage stehende Bruderschaft, wie es §. 5 c. cit. voraussetzt, körperschaftliche Rechte erlangt hat, ist nach den bezeichneten Beweisurkunden nicht zu bezweifeln. In den Thatsachen der Errichtung der Bruderschaft und der Genehmigung einer Zustiftung durch den jeweiligen Landesherrn, — wovon die erstere die Bruderschaft mit der Möglichkeit des Vermögenserwerbs ausgestattet und die zweite derselben ein Vermögen zugewendet hat, — liegt an und für sich, in der ersteren die Begründung einer juristischen Person, in der letzteren die Anerkennung einer schon bestehenden juristischen Person, nämlich eines vermögensfähigen Subjects (pium corpus, pia causa).

Man vrgl. Savigny, System ꝛc. II. §. 85, §. 88. insbesondere S. 262.

Schulte, kath. Kirchenrecht §. 94 S. 485 ff.

Der Umstand aber, daß die Stiftung zu kirchlichen Zwecken für den Ort Dillendorf geschehen sei, — was ebenfalls eine Voraussetzung des §. 5 c. cit. bildet — ergibt sich, obgleich eigentliche Statuten der Stiftung nicht vorliegen, aus dem Namen des errichteten Vereins, aus der Eigenschaft des Gründers derselben als Abt von St. Blasien, aus der historischen Thatsache, daß die Bruderschaften, welche in früheren Jahrhunderten in großer Anzahl sich gebildet haben, Vereinigungen von Laien zum Zwecke religiöser geistlicher und kirchlicher Thätigkeit sind,

man vrgl. Walter, Kirchenrecht §. 334.

Schulte a. a. O. §. 175.

Richter, Kirchenrecht §. 282 a. II.,

und aus dem Inhalte der Beweisurkunden, wonach die Thätigkeit der Mitglieder der Dillendorfer Bruderschaft, soweit sie daraus ersichtlich ist, in der besonders ausgezeichneten Theilnahme an einer gottesdienstlichen Handlung, einer alljährlich wiederkehrenden Prozession, besteht. Die Zustiftung Oberle's erscheint außerdem nach §. 5 a Abs. 2 cit. als Kirchenvermögen, soweit sie zu einem Jahrtag gemacht worden ist — im Uebrigen aber nimmt sie, wie die in der Klage angeführten anderen Zustiftungen, als Theil des Bruderschaftsfonds, auch die Eigenschaften und die Natur der ursprünglichen Stiftung an.

Die Einwendung, die fragliche Bruderschaft habe seit 1809 aufgehört, zu bestehen, der §. 5 c. cit. spreche aber nur von im Jahre 1860 bestandenen Bruderschaften, und §. 10 des Gesetzes könne nicht auf alle jemals bestandenen, vom Staat jedoch im Laufe der Zeit aufgehobenen, Bruderschaftsfonds rückbezogen werden, — erscheint als unbegründet. Wie nach gemeinem Recht die Auflösung einer einmal begründeten juristischen Person nur durch die Genehmigung der höchsten Staatsgewalt bestimmt werden kann,

m. vrgl. Savigny II. S. 279,

so steht auch nach dem Organisationsedict vom 26. November 1809 (Reggsbl. LII.), unter dessen Herrschaft die Auflösung stattgefunden haben soll, Beil. F. VI. 38 m und 39, die Aufhebung bestehender geistlicher Corporationen, Stiftungen ꝛc. nur dem Staatsoberhaupte, beziehungsweise der Ministerialconferenz zu, an deren Stelle jetzt das Staatsministerium getreten ist. — Daß durch die Verfügung dieser obersten Staatsbehörde die Bruderschaft aufgehoben und deren Fonds weltlichen Zwecken gewidmet worden, konnte nicht behauptet werden; es ist vielmehr nur bemerkt, daß das Obervogteiamt Bonndorf auf eine Auflösung derselben hingewirkt habe, was nach Obigem die Auflösung auch beim Hinzutreten des factischen Umstandes der Vereinigung des Fonds mit anderen gleichartigen Fonds zu einem Armenfonds Bonndorf, nicht zur Folge haben konnte.

Da mithin der fragliche Fond nach seinem ursprünglichen Zwecke kirchlichen Bedürfnissen gewidmet war, derselbe, wenn auch dessen früherer Name aufgehört hat, doch als juristische Persönlichkeit noch vorhanden ist und seinen Character nicht dadurch verloren hat, daß er jetzt vorzugsweise der Armenunterstützung gewidmet ist, da letztere auch einen wesentlichen Theil der kirchlichen Thätigkeit bildet, so erscheint derselbe fortwährend als eine kirchliche Stiftung und ist nach den für kirchliche Stiftungen maaßgebenden Vorschriften zu verwalten.

Was endlich die Einrede der Klagenverjährung an-

Digitized by Google

belangt, so ist auch sie verwerflich. Die jetzt geltend gemachte Berechtigung zur Verwaltung und Vertretung kirchlicher Stiftungen ist dem klagenden Theile erst durch das angeführte Gesetz und die erwähnte Verordnung eingeräumt worden, es war ihm daher unmöglich, vor Erlassung derselben die auf deren Grund gestützte Klage zu erheben, so daß der Grundsatz: agere non valenti non currit praescriptio, arg. L.R.S. 2256 No. 1, 2227 — hier zur Anwendung kommen muß. Der Lauf der Verjährung hat somit erst mit Erlassung der gedachten Vollzugsverordnung begonnen und ist demnach noch nicht vollendet.

Aus diesen Gründen mußte das Urtheil des Appellationssenats im Wesentlichen bestätigt und, zur Vermeidung möglicher Mißverständnisse, nur in der Fassung etwas modifizirt, auch nach §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten erkannt werden."

Die Minderheit hielt aus folgenden Betrachtungen die Zuständigkeit der Gerichte nicht für begründet:

Die Verordnung vom 20. November 1861 in §. 21 konnte und wollte keine außerordentliche Gerichtsbarkeit schaffen, sondern sie überläßt die Frage, ob Stiftungen als weltliche oder kirchliche zu betrachten seien, „geeigneten Falles" der richterlichen Entscheidung, d. h. wenn die Frage sich im einzelnen Falle aus allgemeinen Grundsätzen zur richterlichen Entscheidung eignet. Die Gerichte haben aber nur in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, d. h. über Privatrechte zu entscheiden. (Pr.O. §. 1, vergl. Verfassungsurkunde §. 14.)

Im vorliegenden Falle handelt es sich von einer Stiftung zu religiösen, resp. milden Zwecken für die Gemeinde Dillendorf, es wird kein privatrechtlicher Anspruch auf Eigenthum oder Genuß dieser Stiftung erhoben, sondern der Streit wird lediglich über die Frage geführt, durch welche Behörde die Stiftung zu verwalten, resp. zu beaufsichtigen ist, also wer die öffentlichen Zwecke der Stiftung auszuführen, und deren Ausführung zu überwachen hat.

Der Gegenstand des Streits ist daher öffentlichen Rechtens, und ebenso fehlt es an einer Prozeßpartei.

Der katholische Oberstiftungsrath und der großh. Verwaltungshof handeln entweder in eigenem Namen, oder im Namen der fraglichen Stiftung.

Im ersteren Falle fehlt es offenbar an einer privatrechtlichen Partei, und im zweiten wäre die Stiftung zugleich Klägerin und Beklagte, was prozessualisch unmöglich ist, und zu der Consequenz führen müßte, daß die Stiftung in jedem Falle siegen und unterliegen, resp. die Kosten des Streites tragen müßte.

Red.

54.

Richtigkeitsbeschwerde. Rückfall auf Grund eines ausländischen Contumacialurtheils.*)

Strafgesetzbuch §. 184 Ziff. 1.

J. A.S. gegen Carl Julius Bußigel von Speyer wegen Diebstahls wurde der von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil des großh. Kreisgerichts Mosbach als Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 18. Februar l. J. erhobenen Richtigkeitsbeschwerde von großh. Oberhofgerichte stattgegeben, indem Bußigel, der vom Kreisgerichte wegen gemeinen Diebstahls zu einer durch 2 Tage Hungerkost und 2 Tage Dunkelarrest geschärften Kreisgefängnißstrafe von 8 Wochen verurtheilt war, wegen Rückfalls in den gemeinen Diebstahl zu einer durch 4 Tage Hungerkost und 4 Tage Dunkelarrest geschärften Kreisgefängnißstrafe von 10 Wochen verurtheilt wurde.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

„Die großh. Staatsanwaltschaft beschwert sich auf Grund des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. darüber, daß Karl Julius Bußigel in Folge der von ihm am 8. November v. J. zu Wölchingen begangenen Entwendung, unerachtet er schon durch Urtheil des königl. bayerischen Bezirksgerichts Würzburg vom 19. Juli 1864 auf ungehorsames Ausbleiben des Vergehens des Diebstahls für schuldig erkannt und ihm dies Urtheil alsbald nach der Erlassung auf die den bayerischen Gesetzen entsprechende Weise zugestellt worden sei, lediglich wegen gemeinen Diebstahls, nicht aber gemäß §§. 183 ff. des Str.G.B. wegen Rückfalls in dieses Verbrechen bestraft worden sei."

„Die Beschwerde erscheint auch als begründet."

„Dem §. 184 Ziff. 1 des Str.G.B. zufolge ist ein Rückfall, abgesehen von den in den §§. 183. 185 des Str.G.B. aufgestellten Erfordernissen dann für vorhanden zu erachten, „„wenn der Uebertreter wegen des früheren

*) Vergl. Annalen 24. 270. Red.

Digitized by Google

vollendeten oder versuchten Verbrechens als Urheber oder Gehülfe vor der abermaligen Begehung von einem inländischen oder ausländischen Gerichte verurtheilt und das Urtheil verkündet war."

„Wie das Urtheil verkündet sein müsse, bestimmt das Strafgesetzbuch nicht näher und es ist daher diese Frage aus der Strafprozeßgesetzgebung zu beantworten."

„Kommen nun ausländische Strafurtheile als den Rückfall begründend zur Sprache, so ist die Rechtsgiltigkeit ihrer Verkündung — besondere Fälle ausgenommen, in denen die auswärts vorgeschriebene Verkündigungsart als durchaus ungenügend erscheinen könnte, vergl. Str.-G.B. §. 186 — nach dem im Lande ihrer Erlassung über die Urtheilsverkündung geltenden prozeßrechtlichen Bestimmungen zu beurtheilen. War es überhaupt der Wille des Gesetzgebers, daß ausländische Strafurtheile zur Begründung des Urtheils genügen sollten, so mußte der Gesetzgeber — von, die Anwendung des §. 186 des Str.G.B. rechtfertigenden Fällen abgesehen — nothwendiger Weise dem Strafprozeßrechte des Auslandes, auf dessen Grund das betreffende ausländische Urtheil zur Entstehung und Wirksamkeit gelangte, Geltung gewähren."

„Nun wurde aber das auf ungehorsames Ausbleiben des C. J. Bußigel ergangene Urtheil des königl. bayer. Bezirksgerichts Würzburg vom 19. Juli 1864 in der Weise eröffnet, wie dies für Urtheile jener Art in Vergehensfällen durch das in Bayern rechts des Rheins geltende Gesetz vom 10. November 1848 Art. 357 verbunden mit Art. 308 vorgeschrieben ist. Hiernach soll nämlich ein auf ungehorsames Ausbleiben erlassenes Urtheil in der öffentlichen Sitzung des Gerichts verkündet und dem Beschuldigten eine Urtheilsabschrift auf seine Kosten zugestellt werden (Art. 357) und ist diese Zustellung entweder an den Beschuldigten in Person oder an die in seiner Wohnung befindlichen Diener oder erwachsenen Familienglieder zu bewerkstelligen (Art. 308). Inhaltlich des vorliegenden Protokolls des königl. bayerischen Bezirksgerichts Würzburg wurde das fragliche Urtheil in der öffentlichen Gerichtssitzung des 19. Juli 1864 verkündet. Es liegt ferner eine Beurkundung des Gerichtsboten am königl. bayerischen Bezirksgerichte Frankenthal vor, wonach dieser am 12. August 1864 „„dem C. J. Bußigel in dessen Wohnung zu Speyer in Nichtanwesenheit desselben, sprechend mit dessen Mutter, eine Abschrift des Urtheils vom 19. Juli 1864 zustellte.""

„Wenn, um die rechtliche Wirkungslosigkeit dieser Zustellung darzuthun, hervorgehoben wurde, Carl Julius Bußigel habe zur fraglichen Zeit seine Wohnung nicht in Speyer gehabt, so ist dies Vorbringen ohne Gewicht, weil es einerseits mit der erwähnten Beurkundung des Gerichtsboten in Widerspruch steht, und weil andrerseits jedenfalls, so lange nicht feststeht, daß C. J. Bußigel einen anderweitigen Wohnsitz erlangt habe, der Wohnsitz in seinem Heimathsort Speyer als fortdauernd betrachtet werden muß."

„Wenn geltend gemacht wurde, der Grund, weßhalb der §. 184 Ziff. 1 des Str.G.B. als Voraussetzung der Rückfallsstrafe die Verkündung des wegen des früheren Verbrechens ergangenen Urtheils verlange, daß nämlich in einer solchen Verkündung eine nachdrückliche Warnung vor künftigen ähnlichen Verbrechen liege, schlage da nicht an, wo, wie bei Zustellungen eines Urtheils in der Wohnung Abwesender oder bei öffentlicher Verkündung des Urtheils keine Sicherheit dafür bestehe, daß das Urtheil zur Kenntniß des Verurtheilten gelangt, und daß damit die vom Gesetze vorausgesetzte Warnung wirklich eingetreten sei; so kann auch dieses Vorbringen nicht gegen die Beschwerde der großh. Staatsanwaltschaft entscheidend werden, weil das Gesetz, von der Nothwendigkeit ausgehend, soweit immer thunlich, auch dem abwesenden Verbrecher gegenüber die strafrechtlichen Folgen des Verbrechens wirksam werden zu lassen (Str.P.O. Tit. XXIII.), unterstellt, daß das, in der für das Abwesenheitsverfahren vorgeschriebenen Weise verkündete Urtheil auch zu des Verurtheilten Kenntniß gelangt sei. Es rechtfertigt sich diese Anschauung dadurch, daß der §. 184 Ziff. 1 des Str.G.B. zwischen den gegen Abwesende und den gegen Anwesende ergangenen Urtheilen nicht unterscheidet, daß vielmehr die Motive der großh. Regierung zum Entwurf des §. 183 des Str.G.B. ausdrücklich besagen „„Rückfall finde statt, sobald das neue Verbrechen verübt worden, nachdem das wegen des früheren Verbrechens verurtheilende Erkenntniß bereits verkündet gewesen, gleichviel, ob dasselbe nach Vernehmung des Angeschuldigten oder auf ungehorsames Ausbleiben ergangen sei,"" daß der §. 252 Abs. 2 der Str.P.O. verfügt „„das Urtheil werde dem zur Verkündung nicht erschienenen Angeklagten in beglaubigter Abschrift zugestellt, und, falls er nicht aufgefunden werden könne, öffentlich verkündet, sowie daß der §. 355 der Str.P.O. aus-

Digitized by Google

spricht, das in den dazu geeigneten Fällen öffentlich bekannt gemachte Urtheil „„gelte am dreißigsten Tage nach dem Einrücken in die Zeitung der Residenz als dem Angeklagten eröffnet."" Daß die durch das besprochene bayerische Gesetz vorgeschriebene, im gegenwärtigen Falle eingehaltene Art und Weise der Urtheilseröffnung als durchaus ungenügend sich darstelle (vergl. §. 186 des Str.G.B.), und deßhalb als Urtheilsverkündung im Sinne des §. 184 Ziff. 1 des Str.G.B. schlechthin nicht zu betrachten sei, kann sowohl an und für sich, als insbesondere auch im Hinblicke auf die angeführten Bestimmungen der §§. 252. 355 der bad. Str.P.O. nicht angenommen werden."

„Erscheint, wie sich aus dem Bisherigen ergibt, das Urtheil des königl. bayerischen Bezirksgerichts Würzburg vom 19. Juli 1864 und dessen Verkündung als geeignet, eine Bestrafung wegen Rückfalls darauf zu gründen, so mußte gemäß Str.P.O. §. 385 das von einer solchen Bestrafung absehende Urtheil des großh. Kreisgerichts Mosbach vom 18. Februar 1867 aufgehoben und diesseits ein, die vorliegende That als Rückfall behandelndes, Strafurtheil erlassen werden. Art und Maaß der durch das diesseitige Urtheil festgestellten Strafe finden ihre Rechtfertigung in den bei Beurtheilung des Falles vom großh. Kreisgerichte Mosbach bereits angewendeten §§. 376. 377 Ziff. 2, 480. 149 bis 152. 158, sowie ferner in den über die Bestrafung des Rückfalls maaßgebenden §§. 187. 188 d. Str.G.B."

„Aus diesen Gründen sowie nach Str.P.O. §. 426, wegen der Kosten, mußte, wie geschehen, erkannt werden."

Roßhirt.

55.

Die, nicht in betrügerischer Absicht erfolgte Unterzeichnung einer Privaturkunde mit einem fremden Namen kann nicht als Fälschung im Sinne des §. 430 des Str.G.B. aufgefaßt werden.

Die Wittwe des Pfarrers Z. in Heidelberg besitzt viele Grundstücke auf Eppelheimer Gemarkung, welche sie im Wege der Versteigerung zu verpachten pflegt. Sie läßt dabei den Steigerern eröffnen, daß derjenige Pächter, welcher mit Zahlung seiner Pachtzinse 2 Jahre lang in Rückstand bleiben würde, bei spätern Versteigerungen nicht mehr zugelassen werden solle. Einer ihrer Pächter — Peter Bach von Eppelheim — war nun mit Zahlung seiner, an Martini 1863 und 1864 fällig gewesenen Pachtzinse von je 21 fl. 50 kr. für einen Acker von 2 Vrtl. 27 Ruthen in Rückstand geblieben, als seine Pachtzeit umlaufen war. Deßhalb bedeutete die Wittwe Z. dem Notar Pezold, welcher in ihrem Namen die weitere Versteigerung dieses und mehrerer anderer Aecker in Eppelheim vornehmen sollte, daß er den P. Bach nicht als Steigerer zulassen möge. Bach vermuthete auch, nicht zugelassen zu werden, erschien aber gleichwohl in der Versteigerungstagfahrt vom 23. Febr. 1865, gab vor, daß er „Christoph Gabler" heiße (es ist dies der Name eines seiner Vettern), bot für den bisher innegehabten Acker einen Pachtzins von 16 fl. 10 kr. und unterschrieb das hierüber von Notar Pezold aufgenommene Protokoll (eine Privaturkunde) mit dem Namen: „Christoph Gabler," nachdem sein Schwager Stephan Spath die Bürgschaft für ihn — ebenfalls urkundlich — übernommen hatte. Da sein Gebot zu nieder befunden wurde, bot er nachträglich — am 1. März 1865 — 20 fl., bekam für diese Summe den Zuschlag und unterschrieb das hierüber aufgenommene Protokoll wieder mit dem Namen „Christoph Gabler."

Nachher theilte er den Vorgang seinem Vetter mit und holte bei diesem auch den ihm zugeschickten Pachtbrief ab. Die Wittwe Z erklärte aber später dem Christoph Gabler, daß sie sich wegen des Pachtzinses nur an ihn, als den im Protokoll eingetragenen Steigerer halten werde, und daß er deßhalb den Acker nur einbauen möge. Gabler that dies dann auch, verweigerte die Herausgabe des Ackers an Bach und zahlte den Pachtzins, wurde aber dann von Bach im Wege der Klage auf Anerkennung seines Pachtrechts belangt. Der Inhalt der über diese Klage gepflogenen Verhandlungen veranlaßte den großh. Staatsanwalt zum Einschreiten gegen Bach. Derselbe stellte im Dezember v. J. — mehrere Monate, nachdem Bach seine rückständige Pachtzinsschuld an die Wittwe Z. bezahlt gehabt hat — beim Amtsgericht den Antrag, gegen Bach wegen Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht eine Untersuchung einzuleiten. In dieser Untersuchung erklärte Bach — im Widerspruch von Chr. Gabler — daß er von Letzterem beauftragt gewesen sei, den Acker zu steigern, und daß sie Beide denselben hätten gemeinschaftlich bebauen wollen. Nach einem erhobenen Vermögenszeug-

Digitized by Google

niß besitzt Bach Liegenschaften im Werth von 2750 fl. und Fahrnisse im Werth von 200 fl., während sich seine Schulden — Pfandschulden — auf 2972 fl. 30 kr. belaufen. Nach geschlossener Untersuchung wurde er durch Erkenntniß der Raths- und Anklagekammer vom 9. Februar 1867 von der Anschuldigung der Fälschung und des Betrugs entbunden.

Der großh. Staatsanwalt ergriff hiergegen rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, indem er geltend machte:

Die Unterschriften des Angeschuldigten unter den Pachtprotokollen würden im Falle ihrer Aechtheit den Abschluß des Pachtvertrags durch den Unterzeichner beweisen oder wenigstens für den Beweis des Vertrags von Erheblichkeit sein, müßten deßhalb als zum Beweis von Rechten oder Verbindlichkeiten geeignete Scripturen, folglich auch als Urkunden im Sinne des Strafrechts angesehen werden. Dieselben hätten ferner als Täuschungsmittel — und zwar schon bei Eingehung des Pachtvertrags gewirkt; ihre Fertigung habe jedenfalls ein Glied in der Kette der falschen Vorspiegelungen gebildet, — hätten die Wittwe Z. zur spätern Ertheilung des Zuschlags mitverleitet. Die Beschädigung derselben liege schon im Abschluß des Vertrags mit einem insolventen Schuldner oder auch nur schlechten Zahler, überhaupt in jeder Entäußerung eines Vermögensrechts, welche auf dem Wege der Klage rückgängig gemacht werden müsse.

Bei Beurtheilung der Beschwerde blieb die Entscheidung verschiedener — theilweise streitigen — Rechtsfragen dahin gestellt, so die Entscheidung der Frage:

1) ob zum Thatbestand einer Urkundenfälschung erforderlich ist, daß die gefertigte Urkunde im Falle ihrer Aechtheit geeignet sei, als Beweismittel für die Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen zu dienen, — oder ob nicht vielmehr jedes schriftliche Zeugniß über Thatsachen, — mögen durch letztere auch keine Rechtsverbindlichkeiten begründet oder getilgt werden können — als eine Urkunde im Sinne des Strafrechts anzusehen ist,

2) ob sich die hier in Frage stehende Urkunde nicht in der That als eine eigentliche Beweisurkunde darstellt, weil sie den Abschluß eines Pachtvertrags dokumentirt,

3) ob die Verpächterin oder ihr Bevollmächtigter schon durch die mündliche Erklärung des Angeschuldigten, daß er „Gabler" heiße — nicht auch noch durch seine später erfolgte Protokollunterschrift zum Vertragsabschluß bestimmt wurde,

4) ob ersternfalls schon im Vertragsabschluß ein vollendeter Betrug liegt, oder ob, weil der Angeschuldigte das Pachtobjekt nicht erhielt, ein bloßer Betrugsversuch stattfand?

Die Erörterung dieser Fragen unterblieb deßhalb, weil angenommen wurde, daß es am Thatbestand einer Fälschung oder eines Betrugs aus Gewinnsucht jedenfalls insofern gebreche, als der Angeschuldigte, indem er sein Gebot auf den Acker unter einem falschen Namen that, sich nicht einen rechtswidrigen Gewinn auf Kosten der Verpächterin verschaffen — die Letztere nicht zu einer, ihr Vermögen beschädigenden Handlung verleiten wollte, §. 450 des Str.G.B. — Eine Fälschung aus Gewinnsucht, wie sie ihm zur Last gelegt wird, müsse zum Zweck der Verübung eines Betrugs geschehen sein (§. 423 des Str.G.B.), und ein Betrug aus Gewinnsucht setze voraus, daß der Getäuschte zu einer sein Vermögen beschädigenden Handlung verleitet wurde.

Der Fälscher und Betrüger müsse sich bewußt und darauf ausgegangen sein, daß er einen rechtswidrigen Gewinn auf Kosten eines Andern erlange. Die vorliegende Untersuchung habe nun aber — wie auch von Seiten des Staatsanwalts nicht bestritten werde — keinen Grund für die Unterstellung ergeben, daß der Angeschuldigte den zu verpachtenden Acker unentgeldlich benützen wollte, — daß er darauf ausgegangen sein sollte, die dem Pächter in den Pachtbedingungen auferlegten Verbindlichkeiten nicht in demselben Maaße zu erfüllen, in welchem die Wittwe Z. deren Erfüllung von jedem andern Pächter erwarten konnte. Es dürfe vielmehr angenommen werden, daß er pünktliche Zahlung des Pachtzinses beabsichtigte und auch der Meinung war, ihn zahlen zu können.

Das großh. Oberhofgericht verwarf daher durch Erkenntniß v. 30. März 1867 die von der großh. Staatsanwaltschaft geführte Beschwerde:

in Erwägung, daß die Voruntersuchung keinen Grund für die Unterstellung ergeben hat, der Angeschuldigte habe — als er sich bei seinem Gebot auf den zu verpachtenden Acker der Wittwe Z. einen falschen Namen

Digitized by Google

beilegte und mit demselben das Pachtprotokoll unterschrieb, die Absicht gehabt, sich im Falle der Genehmigung des Gebots den, dem Pächter nach den Pachtbedingungen auferlegten Verbindlichkeiten zu entziehen oder solche wenigstens nicht in demselben Maaße zu erfüllen, in welchem die Verpächterin deren Erfüllung von jedem ändern Pächter erwarten konnte;

in Erwägung, daß hiernach nicht angenommen werden kann, der Angeschuldigte habe sich mittelst jener Beilegung eines falschen Namens einen rechtswidrigen Gewinn auf Kosten der Verpächterin verschaffen wollen, und daß sich daher die von ihm verübte Täuschung nach den §§. 423. 430. 450 des Str.G.B. weder als eine Urkundenfälschung noch als ein Betrug aus Gewinnsucht darstellt — als unbegründet. Red.

56.

1) Vorsätzlich verursachte Entweichung von Gefangenen (Str.G.B. §. 686) absorbirt, wenn sie in Folge von Bestechung geschah, die Strafe des letzteren Vergehens.
2) Demnach liegt in solchem Falle nur ein Vergehen vor, welches der Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts entzogen ist, weßhalb das vom Amtsgerichte über die Bestechung gegebene Urtheil nichtig ist.
3) Eine solche Nichtigkeit hat die Rekurskammer von Amtswegen zu berücksichtigen.

Das Amtsgericht Rastatt hatte durch Urtheil vom 1. Juni 1866 den Bäcker Carl Westermann der Bestechung des Polizeidieners Meder für schuldig erklärt, den Meder dagegen von diesem Vergehen freigesprochen.

C. Westermann beruhigte sich dabei, aber die Staatsanwaltschaft führte gegen die Freisprechung des Meder den Rekurs aus und verlangte dessen Bestrafung wegen Bestechung.

Das Kreisgericht Baden als Rekurskammer hob aber durch Urtheil vom 1. August 1866 jenes Urtheil bezüglich des Meder als nichtig auf und behielt der Staatsanwaltschaft das weitere Verfahren vor.

Entscheidungsgründe:

Der Angeklagte, Polizeidiener Meder von Muggensturm, hat, wie aus seinem Geständniß und den Aussagen des Bürgermeisters Melcher und des Carl Westermann hervorgeht, im October v. J. dem Letzteren, als dieser sich zur Erstehung einer vom Bürgermeisteramte Muggensturm gegen ihn verhängten 12stündigen Gefängnißstrafe bei ihm meldete, gestattet, sich sofort wieder heimlicher Weise nach Hause zu begeben, und am folgenden Tage sodann dem Bürgermeister gemeldet, Westermann habe seine Strafe erstanden. Im Widerspruche mit den Angaben Westermanns behauptet der Angeklagte, daß er die ihm angebotenen zwei Gulden sogleich entschieden zurückgewiesen, und sich zur Entlassung Westermanns nur mit Rücksicht auf die in Muggensturm obwaltenden Parteiungen und Zwistigkeiten habe bewegen lassen.

Diese Handlungsweise des Angeklagten enthält, mag man den Beweis, daß er sich zur Annahme des Geschenkes bereit zeigte, für erbracht oder für ungenügend erachten, doch jedenfalls den Thatbestand des in §§. 685 und 686 des Str.G.B. erwähnten und als von einem niederen Diener verübt der Gerichtsbarkeit der Strafkammern unterworfenen Verbrechens einer vorsätzlich verursachten Entweichung eines Gefangenen, und es fragt sich nur, ob das Rekursgericht, nachdem die großh. Staatsanwaltschaft nur eine Anklage wegen Bestechung erhoben und auch in ihrer Rekursbeschwerde die Zuständigkeit des Amtsgerichts nicht beanstandet hat, jene Auffassung des Falles ihrem Erkenntniß zu Grunde legen darf. Diese Frage muß bejaht werden, denn, wenn man auch nicht verkennen kann, daß das Verbrechen der Bestechung von Seite des Bestochenen schon mit der Annahme des Geschenkes vollendet war und die darauf folgende pflichtwidrige Entlassung des Gefangenen sonach eine andere, nicht den Gegenstand dieser Anklage bildende Handlung zu enthalten scheint, so steht dieser Erwägung doch die ausdrückliche Vorschrift des §. 665 des Str.G.B. entgegen, kraft welcher wegen des innern Zusammenhangs zwischen der Annahme der Belohnung und des in Folge dieser verübten Amtsverbrechens ein solches Verfahren des öffentlichen Dieners als eine That behandelt und nach den Grundsätzen über die ideale Concurrenz mehrerer Verbrechen, §. 182 des Str.G.B., bestraft werden soll. (Vergl. Thilo, Strafgesetz zu §. 665 No. 2.) Andererseits ist es zwar richtig, daß im Allgemeinen der Oberrichter auf die Prüfung derjenigen Beschwerden beschränkt bleibt, welche von

dem Rekurrenten aufgestellt und ausgeführt worden, allein dessenungeachtet ist er doch ebensowohl berechtigt, wie verpflichtet, auch diejenigen Mängel des untergerichtlichen Urtheils von Amtswegen zu berücksichtigen, welche ihm die Entscheidung der aufgestellten Beschwerden unmöglich machen, und dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Vergeben, über welches das Amtsgericht erkannt hat, der Zuständigkeit dieses Gerichtes und damit auch der Gerichtsbarkeit der Rekurskammer entzogen ist. (Vrgl. Plank, Strafprozeß S. 156 und Amann, Bem. 1 zu Str.P.O. §. 389.)

Mußte aber hiernach in der That des Angeklagten ein schwereres, der Zuständigkeit der Strafkammer unterliegendes Vergeben erblickt werden, so erübrigte nur, das amtsgerichtliche Urtheil als nichtig aufzuheben und der großh. Staatsanwaltschaft die weitere Verfolgung vorzubehalten; von den Kosten des Rekursverfahrens mußte der Angeklagte, welcher die Einlegung des Rechtsmittels nicht veranlaßte, freigesprochen werden, während die Kosten der ersten Instanz, soweit darüber nicht bereits entschieden ist, dem künftigen Erkenntniß über die Sache vorbehalten bleiben.

Aus diesen Gründen, wurde, wie geschehen, erkannt.

Dr. Puchelt.

57.

Der Vorwurf gegen einen Gemeindebeamten, er habe einen Gemeinderechnungs-Beamten vor dem bevorstehenden Kassensturz gewarnt, enthält eine Ehrenkränkung im Sinne des §. 294. 1 des Str.G.B.

J. U.S.

gegen

Ludwig Maisch, vormaligen Leihhauscontroleur in Bruchsal,

wegen Ehrenkränkung und Verläumdung durch die Presse,

hat das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 30. März 1867 ausgesprochen:

rc. Es ist eine allgemein bekannte Thatsache, daß die unvorhergesehene Vornahme von Kassenstürzen bei öffentlichen Verrechnungen den Zweck hat, den Rechner zur fortwährenden Wachsamkeit und Ordnung in seinem Rechnungswesen zu vermögen, und dadurch die betreffende Anstalt gegen die Gefahr eines ihr durch die Pflichtwidrigkeit oder Nachlässigkeit ihres Rechners zugehenden Schadens möglichst zu wahren, und es erscheint hiernach als eine aus dem Zwecke jener Maßregel sich ergebende besondere Obliegenheit des Vorstehers der Gemeinde, die Vornahme jener Maaßregel geheim zu halten; als eine Verletzung dieser Obliegenheit aber und damit als eine Pflichtwidrigkeit ist es zu erachten, wenn der Gemeindevorsteher, dem vorzugsweise die Wahrung des Wohles seiner Gemeinde obliegt, den Rechner von der Vornahme des Kassensturzes vorläufig in Kenntniß setzt, ihn zur Wahrung seines eigenen Vortheils ermahnt, dadurch aber die Pflichttreue und Zuverlässigkeit des Rechners, die er in Zweifel zieht, und damit das Beste des Gemeinwesens für die Zukunft gefährdet.

Eine solche Handlungsweise stellt sich jedenfalls als eine unsittliche und disciplinär strafbare Handlung dar, die geeignet ist, den Gemeindevorsteher in der allgemeinen Achtung herabzusetzen, und des Vorwurfs einer solchen Handlung hat sich der Angeklagte durch den in Frage stehenden Artikel schuldig gemacht, und zwar in absichtlicher und widerrechtlicher Weise, wie sich dies unzweideutig aus der festgestellten Unwahrheit des Vorwurfes, sowie aus der Ueberschrift des Artikels ergibt, die den vom Bürgermeister angeblich angekündigten Kassensturz als einen „charakteristischen" besonders hervorhebt, was in Verbindung mit der geschilderten pflichtwidrigen Handlungsweise selbst die Unterstellung einer andern als bösen Absicht bei Veröffentlichung des Artikels geradezu ausschließt.

Der Strafrichter hat hiernach durch die Anwendung der §§. 294 Ziff. 1, 297 und 300 des Strafgesetzes auf den vorliegenden Fall kein Strafgesetz verletzt, es ist vielmehr die erhobene Richtigkeitsbeschwerde nicht begründet.

Red.

58.

Ueber die Beweislast, wenn der Käufer Mängel der gelieferten Sache behauptet.

I. Ist eine bestimmte Sache (Species) Gegenstand des Kaufvertrages, so ist möglich:

1) der Käufer behauptet, daß der Verkäufer überhaupt noch gar nichts geliefert habe.

Wird auf Grund solcher Behauptung

a) gegen den Verkäufer auf Erfüllung, d. h. auf

Digitized by Google

Lieferung geklagt, so erscheint dessen Vorbringen, daß er erfüllt habe, unbestritten als eine Einrede, deren Beweis ihm obliegt,

b) der Klage auf Entrichtung des Kaufpreises gegenüber die Verbindlichkeit hiezu bestritten, so ist diese Bestreitung eine sog exc. doli generalis.

Der Beklagte behauptet nämlich, daß ihm aus dem gleichen Vertrage eine Gegenforderung zustehe; hiegegen hat sich dann der Kläger mit der von ihm zu beweisenden Replik zu vertheidigen, daß er allerdings geleistet habe.

Vrgl. v. Vangerow, Pand. III. S. 289

Daß dem Verkäufer in diesen Fällen der Beweis der Erfüllung obliegt, kann als unbestritten betrachtet werden. Die Streitfrage, ob er solche im Falle b als Grund seiner Klage oder als Replik zu beweisen habe,

vrgl. Theorie und Casuistik v. Holzschuher III Bd. S. 307 ff.

ist hier nicht zu erörtern.

2) Der Käufer schützt vor, daß die gelieferte Sache an Mängeln leide.

Da die Species, welche versprochen war, geliefert worden ist, hat der Verkäufer erfüllt und die Behauptung der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache kann nur unter besonderen gesetzlichen Voraussetzungen den Käufer berechtigen, vom Vertrage abzugehen oder Minderung des Preises zu fordern.

Daß in diesem Falle dem Käufer die Beweislast hinsichtlich der Mängel obliegt, darf als unbestritten hingestellt werden.

II. Ist der Vertragsgegenstand eine blos der Gattung nach bestimmte Sache (genus) und ist hinsichtlich der Eigenschaften nichts besonders ausgemacht, so ist der Verkäufer verpflichtet, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu übergeben. H.R. Art. 335.

Daraus folgt, daß er nur nach Lieferung solcher Waare den Vertrag erfüllt hat.

Sind aber besondere Eigenschaften der Waare ausdrücklich bedungen worden, sind sie nach einer Probe oder einem Muster bestellt, so gilt der Vertrag nur als erfüllt, wenn die besonders zugesicherten Eigenschaften der Waare vorhanden sind, wenn solche der Probe oder dem Muster entsprechen.

Windscheid, Pand. §. 394 Note 20.

Heerwart im Archiv für civ. Praxis VII. S. 357 ff.

Schenk ebend. XX. S. 467. 468 - 472.

Treitschke ebend. XXII. S. 439.

Dr. Wilhelm Langenbeck, die Beweisführung im bürgerl. Rechte S. 356.

Brinkmann, Handelsrecht §. 68.

Hiernach liegt in der Behauptung des Käufers, daß die ihm gelieferte Waare der bedungenen oder der vom Gesetze unterstellten Eigenschaften entbehre, eine Verneinung der Thatsache, daß der Verkäufer seiner Seits erfüllt habe und mithin liegt diesem der Beweis der Erfüllung ob, das heißt, daß er Waare übergeben habe, welche Handelsgut mittlerer Art und Güte ist oder der Probe, dem Muster entspricht, die ausdrücklich zugesicherten Vorzüge habe. *)

In allen diesen Fällen ist also die sog. exceptio non rite adimpleti contractus von der exc. non adimpleti contractus nicht verschieden.

v. Holzschuher, a. a. O. III. S. 130.

Puchta, Pand. §. 232 Note e.

v. Vangerow III. S. 289.

Windscheid, Pand. §. 321 Note 5.

Endemann, Handelsrecht §. 114 B. S. 567 Note 41 und 44.

Bei Lieferungen an Entfernte ist gemäß H.G.B. Art. 346 der Beweis nur dahin zu führen, daß die Waare in vertragsmäßigem Zustande abgeschickt worden sei.

III. Hat dagegen der Käufer einer der Gattung nach bestimmten Waare das Gelieferte angenommen, d. h. durch Handlungen zu erkennen gegeben, daß er sie als Erfüllung des Vertrages empfange, so liegt ihm, diesem Geständnisse und Anerkenntnisse gegenüber, der Gegenbeweis ob, daß die Waare mangelhaft sei.

Brinkmann, a. a. O.

Windscheid, Pand. §. 321 Note 6 und §. 394 Note 28 und 29.

Ob der Käufer die Waare in solcher Weise, die ein Anerkenntniß enthält, angenommen hat, ist eine Frage, die nach den Umständen des Falles zu beurtheilen ist.

Ueber alle diese Grundsätze II. u. III. ist die Praxis noch schwebend, wie sich z. B. aus Goldschmidt, Zeitsch. Bd. IX. S. 397. Löhr, C.O. III. S. 78 ergibt.

Dr. Dreyer.

*) Vergl. Annalen 1865 Nr. 21 Ziff. 59 — Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 19.**

39.

Zur Strafrechtspflege.

XIII.

Bei Abstimmungen in der Strafkammer ist ein Milderungsgrund bejaht, wenn drei Stimmen (nicht blos zwei) ihn als vorhanden annehmen.

Str.P.O. §. 298 verglichen mit §. 285.

Gegen Art. 17 in den Annal. Bd. XXXIII. S. 47—50.

Aus der in Nummer 6 des laufenden Jahrgangs dieser Blätter erschienenen Ausführung über die Abstimmung bei den Strafkammern ersehen wir ungern, daß eine alte Streitfrage wieder in das Leben gerufen werden soll, die nach den Bestimmungen der Strafprozeßordnung vom Jahr 1864 wohl füglich als todt und begraben betrachtet werden durfte, da die Gesetzgebung sich ihre Erledigung zur besonderen Aufgabe gemacht hat.

Es scheint sich hier eine im Gebiete des bad. Rechts keineswegs neue Erscheinung zu wiederholen, daß gewisse alte Streitfragen gleichsam auch nach dem Tode keine Ruhe finden. [1])

Nach unserer Meinung kann mit Grund nicht wohl bezweifelt werden, daß die frühere bedeutungsvolle Streitfrage über die erforderliche Stimmenzahl zur Annahme von Milderungsgründen [2]), wozu die Fassung des §. 98 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, verglichen mit dem nicht in das Leben getretenen §. 247 der Strafprozeßordnung von 1845 Anlaß gegeben hatte, durch die §§. 285 und 298 der jetzigen Strafprozeßordnung klar entschieden wurde. Was die Abstimmung der Geschworenen betrifft, wurde die Frage gemäß §. 285 im Sinne der dem Angeklagten günstigeren Ansicht Bekk's dahin entschieden, daß auch zur Verneinung von Milderungsgründen (sowie von Strafausschließungs- und Strafhebungsgründen), die Mehrheit von zwei Drittheilen der Stimmen erfordert wird, zur Annahme eines Milderungsgrundes daher schon 5 Stimmen von 12 genügen; was dagegen die Abstimmung bei den Strafkammern der Kreisgerichte betrifft, wofür überhaupt wesentlich verschiedene Bestimmungen getroffen worden sind, so wurde für diese gemäß §. 298 die abweichende, im Einklang mit §. 247 der Str.P.O. von 1845, stehende Vorschrift gegeben, daß alle Fragen, welche nicht zu den im ersten Absatz des §. 298 besonders ausgezeichneten Hauptfragen (ob die That verübt worden, ob eine Thatsache, die als erschwerender Umstand gilt, dabei vorkomme, und ob die Schuld des Angeklagten als Urheber, oder Gehilfe oder Begünstiger erwiesen sei) gehören, also nach dem natürlichen, klaren Wortlaut namentlich auch die Frage des Vorhandenseins von Milderungsgründen, durch einfache Mehrheit der Stimmen zu entscheiden sind.

Hinsichtlich der Schöffengerichte konnten ähnliche Unterscheidungen nicht Platz greifen, da dort nur eine Art der Stimmenmehrheit, stets zugleich die Mehrheit von zwei Drittheilen, entscheidet. Str.P.O. §. 312.

Nach der allgemeinen Grundregel des §. 8 der Gerichtsverfassung werden die Beschlüsse der Gerichte in bürgerlichen und Strafsachen, soweit die Prozeß-

---

[1]) Wir erinnern hier an die bekannte Streitfrage vom besseren Glück des Gemeinschuldners. Pr.O. von 1831 §. 938, Pr.O. von 1851 §. 903. Vergleiche die betreffenden Aufsätze in Annalen Jahrg. 21. 22 und 23.

[2]) Von den Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen soll in der folgenden Abhandlung abgesehen werden. Nach der Natur der Sache ist unseres Erachtens allerdings anzuerkennen, daß solche Gründe, insofern sie sich auf die Aufhebung nothwendiger Voraussetzungen der Schuld des Angeklagten im Allgemeinen beziehen, wesentlich in das Gebiet der Hauptschuldfrage gehören, und deren Nichtvorhandensein als Voraussetzung der Schuld in gleicher Weise festzustellen ist, wie die Schuld des Angeklagten überhaupt.

Wenn gleichwohl Gesetzgebungen, welche für die Hauptschuldfrage die Mehrheit von zwei Drittheilen fordern, bezüglich der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe die einfache Stimmenmehrheit für entscheidend erklärt haben, so mag dabei in Berücksichtigung gekommen sein, daß es praktisch bedenklich erscheint, die völlige Ausschließung der Zurechnung (z. B. wegen höchster Betrunkenheit) in Bezug auf die erforderliche Stimmenzahl anders zu behandeln, als die blos theilweise Aufhebung, beziehungsweise wesentliche Minderung derselben.

Digitized by Google

ordnung für einzelne Fälle nichts Anderes vorschreibt, stets durch einfache Stimmenmehrheit gefaßt. Diese Regel gilt für alle Entscheidungen der Collegialgerichte in bürgerlichen Streitsachen, sowie für alle Entscheidungen des Oberhofgerichts, der Raths- und Anklagekammer und der Rekurskammer ohne Ausnahme. Die Ausnahmen kommen nur bei höheren Strafsachen vor und in Folge derselben zeigt sich bezüglich der erforderlichen Stimmenzahl in Strafsachen allerdings eine gewisse Abweichung und Ungleichartigkeit in den Grundsätzen, welche sich dadurch erklärt, daß man für höhere Strafsachen, namentlich wegen Wegfalls des Rekurses über die Thal- und Beweisfrage, eine verstärkte Gewähr hinsichtlich der Stimmenzahl für nöthig erachtete und insbesondere für Strafsachen von mittlerer Schwere den Mangel des Zuzugs eines volksthümlichen (bürgerlichen) Elements dadurch auszugleichen suchte, daß man bezüglich der thatsächlichen Hauptfragen eine an Einstimmigkeit grenzende Mehrheit (vier von fünf Stimmen) forderte. [3])

Wenn wir unter solchen Verhältnissen das Bestreben, die verschiedenen Grundsätze möglichst in Einklang zu bringen, und das etwa Zweifelhafte eher zu Gunsten des Angeklagten zu deuten, an sich als ein sehr lobenswerthes anerkennen müssen, so können wir doch da, wo eine grundsätzliche Abweichung im Gesetz klar ausgedrückt ist, einem solchen Bestreben keinen Spielraum zugestehen und müssen ihm im Interesse der Rechtssicherheit hier entgegentreten.

Unsere Auffassung stützt sich auf folgende Gründe:

1) Der §. 98 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 schloß in seinen Worten unstreitig die Frage des Nichtvorhandenseins eines Milderungsgrundes nicht mit ein, und es war eine dem Wortlaut widerstrebende, den anerkannten juristischen Sprachgebrauch verletzende Auslegung, wenn man das Nichtvorhandensein eines Milderungsgrundes als einen erschwerenden Umstand behandeln wollte. Es hat auch deßhalb schon Professor Ant. Mayer in seiner systematischen Darstellung des Strafverfahrens in Baden nach dem Gesetz vom 5. Februar 1851 §. 78 S. 172 sich zu der Ansicht bekannt, daß in solchen Fällen die einfache Stimmenmehrheit zum Vortheil des Angeklagten entscheide, und diese Ansicht fand, wie wir aus eigener Erfahrung wissen, nicht blos bei dem Schwurgericht in Mannheim, sondern auch bei dem Schwurgericht in Bruchsal Eingang, obschon die Rechtsübung schwankte.

Wenn daher bezüglich der Geschworenen die betreffende Streitfrage durch die Bestimmung des §. 285 der Str.P.O zu Gunsten des Angeklagten, entschieden wurde und der Berichterstatter der zweiten Kammer, Abgeordn. Haager, dabei, seiner persönlichen Ansicht gemäß, bemerkte, die Streitfrage über die erforderliche Stimmenzahl hinsichtlich der Wahrsprüche über die Strafausschließungs- und Aufhebungsgründe, sowie über die Strafmilderungsgründe sei nun richtig dahin entschieden, daß die Frage schon dann bejaht gilt, wenn sich 5 Stimmen für die Bejahung ergeben, so ist dieser Ausspruch, dem eine Begründung überall nicht beigefügt wurde, nach den Verhältnissen wohl nur in dem Sinn aufzufassen, daß die streitige Frage nun gesetzgeberisch nach dem an sich (dem Berichterstatter) richtig erscheinenden System, zu Gunsten des Angeklagten, entschieden worden sei [4]); mehr als gewagt wäre es dagegen, wenn man aus dieser beiläufigen Aeußerung und aus der Art, wie die Streitfrage in Str.P.O. §. 285 entschieden wurde, den Schluß ziehen wollte, es habe die Gesetzgebung damit rückwirkend anerkannt, daß die Bestimmung, die nun im Wege der Gesetzgebung getroffen wurde, schon in dem bisherigen Gesetz nach den Regeln richtiger Auslegung zu finden war.

Wir haben vielmehr allen Grund zu unterstellen, daß es der Gesetzgebung, ungeachtet der getroffenen Entscheidung keineswegs entging, wie wenig positiven Anhalt die Ansicht Bekk's in den Worten des §. 98 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, sowie in der Vergleichung des §. 247 der Str.P.O. von 1845 und in bekannten Regeln der Gesetzesauslegung hatte. Es bemerkt auch Ammann in Note 1 zu Str.P.O. §. 285 nur, durch Abs. 2 sei eine frühere Streitfrage zu Gunsten des Angeklagten entschieden worden. [5])

[3]) Vergleiche die Begründung der Regierung zum Entwurf der neuen Gerichtsverfassung (1862), allgemeiner Theil, A. III., Rekurs in Strafsachen. Der §. 297 (298) des Entwurfs der Str.P.O. von 1863—64 war ursprünglich in einer Weise gefaßt, die dieses näher andeutete („mit Stimmeneinhelligkeit oder mit einer Mehrheit von vier Stimmen").

[4]) In der Str.P.O. vom Jahre 1864 tritt überhaupt das anerkennungswerthe Bestreben, den Angeklagten, im Zweifel, in billiger Weise zu begünstigen, an vielen Orten deutlich hervor.

[5]) In dem ersten Entwurf der Str.P.O. vom Jahre 1862 war

Digitized by Google

Mag man übrigens jene hingeworfene Aeußerung von Haager im weitesten oder im engsten Sinne auffassen, so erscheint der Umstand, daß in den Kammern von keiner Seite ein ausdrücklicher Widerspruch gegen dieselbe erhoben wurde (für sich und abgesehen von dem sachlichen Grund und Gehalt des Ausspruchs), in keinem Falle genügend, dem Ausspruch die Eigenschaft eines allgemein gebilligten und anerkannten Satzes zu verleihen. Die Annahme dieses Grundsatzes hinsichtlich der Billigung von einzelnen Aeußerungen in den Kammerverhandlungen und namentlich auch in den Commissionsberichten würde, wie die Erfahrung lehrt, zu sehr bedenklichen Ergebnissen führen.

2) Indem die Gesetzgebung dem §. 285 der Str.-P.O. eine solche Fassung gab, woraus hervorgeht, daß das Gesetz selbst das Nichtvorhandensein eines Strafmilderungsgrundes nicht als einen Erschwerungsgrund betrachtet, sondern in dieser Richtung eine besondere Vorschrift hinzufügt, kann es nunmehr, wie uns scheint, um so weniger erlaubt sein, den §. 298 so aufzufassen und auszulegen, daß unter einem erschwerenden Umstand hier — gegen den juristischen Sprachgebrauch und gegen die Sprache des Gesetzes selbst — auch das Nichtvorhandensein eines Strafmilderungsgrundes mit einbegriffen wird.

Bemerkenswerther Weise findet sich auch im Commissionsbericht von Haager zu §. 298 (297) keine Spur einer solchen Auffassung.

3) Wenn unter dem früheren Gesetz (vom J. 1851 §. 98) der Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift, daß im Uebrigen die einfache Stimmenmehrheit (als die allgemeine Regel) entscheide, hauptsächlich der Anlaß zur betreffenden Streitfrage und der Anhalt für die Bekk'sche Ansicht war (s. Bekks Anmerkungen S. 85. 86), so erscheint jetzt dieser Mangel durch die bestimmte Vorschrift des §. 298 Abs. 2, beseitigt [6]) und damit fällt auch der Anlaß und Anhalt für die Gegenansicht hinweg. [7])

Es ist in dieser Richtung, wo es sich nicht um Geschworene, sondern um Staatsrichter handelt, die Entscheidung im Wesentlichen im Einklang mit dem §. 247 der Str.P.O. vom Jahre 1845 getroffen, welchen die Bekk'sche Ansicht unseres Erachtens allzuwenig beachtete.

4) Wir wollen nicht weiter untersuchen, ob und inwiefern etwa eine mehr einheitliche Regelung des Abstimmungsverhältnisses für Geschworene und für Staatsrichter, bei näherer Abwägung der verschiedenen hiebei in Betracht kommenden Rücksichten, gesetzgeberisch den Vorzug verdient haben möchte, so viel steht aber fest, daß unsere Gesetzgebung, gewiß nicht ohne wohl überlegte Gründe, sich für die verschiedenartige Regelung des Abstimmungsverhältnisses in beiderlei Richtungen entschieden hat.

Dieses ist der Standpunkt der bestehenden Gesetzgebung und auf diesen Standpunkt muß man sich stellen, wenn man das Gesetz richtig und in seinem wahren Geiste würdigen will.

Wenn das Gesetz in Bezug auf die Abstimmung der Geschworenen den Grundsatz sich angeeignet hat, daß jede Frage zum Nachtheil des Angeklagten nur mit 2 Drittheilen der Stimmen entschieden werden kann, so daß namentlich das Vorhandensein von mildernden Umständen durch eine Minderheit von Stimmen festgestellt wird, so ist dies ein außerordentliches Zugeständniß, das in Bezug auf die Berathung und Abstimmung der Geschworenen, die sich ohnehin jeder näheren Controle entzieht, und wobei zum Theil wesentlich andere Verhältnisse, als bei der Berathung und Abstimmung von Staatsrichtern vorwalten, aus besonderen Rücksichten sich wohl rechtfertigen mag und wenig-

sogar die Frage allgemein im entgegengesetzten Sinne entschieden. Vergl. §. 298 und §. 251.

Zur Belehrung dient auch die Vergleichung eines noch früheren, blos vorbereitenden Entwurfs über die Grundlinien einer neuen Gerichtsverfassung für die Strafrechtspflege — vom Jahre 1861, wonach die Aburtheilung der kreisgerichtlichen Strafsachen durch drei rechtsgelehrten Richter im Vereine mit fünf Geschworenen (Schöffen) vorgeschlagen war. In Bezug auf die betreffenden Entscheidungen war in Art 10 der Grundlinien die Bestimmung enthalten: „Zur Bejahung der Schuld und der Erschwerungsgründe ist eine Mehrheit von 6 Stimmen erforderlich. Im übrigen entscheidet die einfache Mehrheit und bei Stimmengleichheit ist zu Gunsten des Angeschuldigten zu erkennen."

[6]) Der §. 8 der Gerichtsverfassung setzt überdies schon ganz allgemein als Regel fest: „Wo die Prozeßordnung für einzelne Fälle nichts Anderes vorschreibt, werden die Beschlüsse durch einfache Stimmenmehrheit gefaßt."

[7]) Wegen des Falles der Stimmengleichheit bedurfte es keiner weiteren Vorsorge, da solche bei der Besetzung der Gerichte mit fünf (beziehungsweise drei) Richtern gar nicht mehr eintreten kann.

Digitized by Google

stens im Vorgang einzelner anderer deutschen Gesetzgebungen [8]) ein Vorbild findet. —

Ganz anders gestaltet sich aber die Sache bei Staatsrichtern. Bei der Abstimmung von rechtsgelehrten Richtern (die stets nach Stimmenmehrheit und nach bestimmt dargelegten Gründen in collegialischer Berathung und Abstimmung zu entscheiden berufen und gewohnt sind), einzelne zu Gunsten des Angeklagten dienende Punkte durch eine Minderheit (zwei gegen drei Stimmen) zur Erledigung bringen zu lassen, erschiene immerhin als eine viel weitergehende, grundsätzlich ungleich größeren Bedenken begegnende Maaßnahme, die das Ansehen des für Collegialbeschlüsse so wichtigen Grundsatzes der Stimmenmehrheit zu untergraben sehr geeignet wäre.

Keine andere Gesetzgebung hat auch unseres Wissens in Bezug auf Staatsrichter ein solches System angenommen, ein Umstand, der gewiß vorzügliche Beachtung verdient.

Sollte es im Sinne unserer Gesetzgebung liegen, daß das Dasein der thatsächlichen Voraussetzungen eines Milderungsgrundes durch zwei gegen drei Stimmen der Kreisgerichtsmitglieder festgestellt werde, während hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung des fraglichen Milderungsgrundes, sowie auch hinsichtlich des Daseins oder Nichtdaseins von Strafminderungsgründen und des Daseins oder Nichtdaseins von Straferhöhungsgründen bei der nämlichen Berathung die Stimmenmehrheit entscheidet? Wir müssen diese Frage entschieden verneinen.

Es würde anderen Falls z. B. das seltsame Ergebniß herauskommen, daß eine bis zum Grade des Str.G.B. §. 153 Ziff. 2 ansteigende Betrunkenheit des Angeklagten schon durch zwei Stimmen, eine Betrunkenheit geringeren Grades im Sinne des Str.G.B. §. 152 Ziff. 3 aber nur durch drei Stimmen festzustellen wäre. Wenn daher Einer der beiden Stimmführer, welche eine Betrunkenheit des erstgenannten höheren Grades annehmen zu müssen glaubten, im Laufe der Berathung etwa zur Ueberzeugung käme, daß nur der letztgenannte geringere Grad vorhanden sei, so würde — sofern nicht noch wenigstens ein Stimmführer sich für das Vorhandensein der Betrunkenheit des geringeren Grades entschiede — die Folge sonderbarer Weise die sein, daß anstatt des zuerst festgestellten Milderungsgrundes, jetzt nicht einmal der Strafminderungsgrund feststände. Einen solchen Zwiespalt und Widerspruch des Systems im Schooße eines und desselben Richtercollegiums müssen wir als schlechthin unstatthaft ansehen [9]) und wir müssen ihn um so mehr verwerfen, wenn er zugleich mit den Worten des Gesetzes und mit dem geschichtlichen Entwickelungsgang der Gesetzgebung in Zwiespalt und Widerspruch geräth.

Wenn die Vertheidigung der Gegenansicht die Abstimmung des Gerichtshofs über Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe als praktisch nahezu bedeutungslos hinzustellen sucht [10]), und dabei bemerkt, daß solche Gründe im Urtheil nicht einmal der besonderen Erwähnung gewürdigt würden, so können wir auch in diesem Punkte nicht beipflichten; die Feststellung und Abwägung der Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe erscheint uns, wenn auch nicht in allen, doch in nicht wenigen Fällen von erheblicher Bedeutung, und es sollten die Schwurgerichtshöfe, dem löblichen Beispiele des früheren Schwurgerichtshofs zu Bruchsal folgend, nicht unterlassen, in geeigneten Fällen wichtigere Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe (statt der schablonenmäßigen Hinweisung auf die Umstände des Falles und auf §. 151 und 152 des Str.G.B.) in einer dem Angeklagten wie dem Publikum verständlichen Weise (in bündiger Kürze)

[8]) Keineswegs aller oder auch nur der überwiegenden Mehrzahl der d. Gesetzgebungen. Das entgegengesetzte System (entsprechend dem §. 247 der bad. Str.P.O. von 1845) findet sich in der österreichischen Str.P.O. von 1850 §. 336, im bayerischen Gesetz vom 10. November 1848 Art. 192, und namentlich auch in der thüringischen Str.P.O. Art. 292. (Das bayerische Gesetz läßt nur hinsichtlich der Strafmilderungsgründe, nicht auch hinsichtlich der Ausschließungs- oder Aufhebungsgründe, die einfache Stimmenmehrheit entscheiden.)

[9]) Man kann freilich hiegegen einwenden, daß in Bezug auf die Feststellung des Nichtvorhandenseins von Gründen völliger Strafausschließung in Vergleichung mit der Feststellung des Nichtvorhandenseins von Strafmilderungs- und Strafminderungsgründen ja doch ein ähnlicher Zwiespalt und Widerspruch des Systems hervortritt. (Vergl. das in Note 2 oben Bemerkte.)

Dieser Einwurf scheint nicht ganz unberechtigt. Allein die Hauptfrage des Schuldig oder Nichtschuldig läßt ihrer Natur nach viel leichter eine schärfere Trennung von den den untergeordneten Fragen und eine besondere Behandlung in Vergleichung mit Letzteren zu, während solche Fragen, welche nur das Mehr oder Minder der Strafe (Strafart und Strafmaaß) in dieser oder jener Richtung berühren, eine gleichmäßige Feststellung im Schooße des nämlichen Collegiums schlechthin erfordern.

[10]) Siehe Annalen d. J. S. 49.

Digitized by Google

besonders hervorzuheben.[11]) Bei den Strafkammern pflegen übrigens die Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe gewöhnlich in den Urtheilsgründen näher angedeutet zu werden.

Aus den bisher entwickelten Gründen rechtfertigt sich nach unserer Ansicht der in der Ueberschrift dieser Abhandlung aufgestellte Rechtssatz. E. Brauer.

60.

Ein Wohnungsrecht erlischt nicht durch das Abbrennen des Hauses, worauf es geruht hat, sondern es dauert an dem Neubau fort.

Ein Rechtsfall.

Vergl. Annalen XXXII. Nr. 16.

Wir theilen nachfolgend eine Entscheidung des Kreisgerichts Waldshut mit dem Beifügen mit, daß die Gründe zu dem, in obigem Sinne ergangenen, Urtheile von dem Appellationssenate adoptirt worden sind, womit konstatirt ist, daß der, in dem angeführten Aufsatze der Annalen begründete Rechtsstandpunkt Eingang bei den beiden genannten Gerichtshöfen gefunden hat. In dem gegebenen Falle hatte zwar die Klage jenen Standpunkt nicht zur Unterlage genommen: das Gericht aber stellte sich darauf und rechtfertigte ihn mit folgenden

Entscheidungsgründen:

Unbestritten zwischen beiden Theilen sind folgende, von den Klägern geltend gemachte Thatsachen: daß nämlich gelegentlich der im Februar 1849 stattgehabten Vermögensübergabe der Augustin Leber'schen Eheleute an den jetzigen Beklagten, ihren Sohn Blasius Leber, unter anderen Vorbehalten auch zu Gunsten der Uebergeber und ihrer anderen Kinder ein Wohnungsrecht bedungen wurde, wie solches unter Ziff. I. 2 der Klage näher beschrieben ist, — ferner daß das Gebäude, in welchem die fragliche Wohnung der Augustin Leber'schen Eheleute errichtet worden, im Sommer vorigen Jahres durch Feuer zerstört worden, und daß der Eigenthümer Blasius Leber (der Beklagte) mit dem empfangenen Brandentschädigungsgelde einen Neubau errichtet, nachdem er zuvor mit Ermächtigung der zuständigen Behörde einen Tausch bezüglich des Hausplatzes mit einem andern Einwohner von Röggenschwyhl eingegangen.

In diesem Neubau sprechen die Kläger die Fortsetzung des ihnen an dem abgebrannten Hause zugestandenen Wohnungsrechtes an, indem sie die weitere Thatsache einer deßfallsigen ausdrücklichen Zusage des Beklagten geltend machen, wogegen dieser die letzterwähnte Thatsache in Abrede zieht und dem klägerischen Begehren sich widersetzt.

Es war indessen keineswegs nothwendig, daß die klagende Partei zur Begründung ihres Anspruches auf die erwähnten besonderen und ausdrücklichen Zusagen des Beklagten gegriffen hat, denn es muß nach Gestalt der Sache angenommen werden, daß das Wohnungsrecht der Kläger ohne Weiteres, und insbesondere ohne eine deßfalsige freiwillige Einräumung des Belasteten, auch an dem errichteten Neubau besteht, beziehungsweise fortdauert. Aber auch für den Richter ist es nicht nothwendig, auf jenen, von den Klägern ganz besonders hervorgehobenen, aber nach dem Gesagten überflüssigen, Klagegrund einer neuerlichen Vergünstigung weiter zu achten und die Erhebungen zu machen, die in Folge des bekl. Widerspruches erforderlich sein würden; denn indem die Kläger den ursprünglichen Titel ihrer Gerechtigkeit ausdrücklich angeführt haben, und indem sie ferner erwähnt haben, daß das belastete Gebäude zwar abgebrannt, jedoch an seiner Stelle mit dem Brandentschädigungsgelde ein Neubau hergestellt worden, so haben sie hiemit und mit der weiteren Behauptung, daß der Beklagte jene ihre Gerechtigkeit nicht anerkennen wollte, eine ausreichende thatsächliche Grundlage für das am Schlusse der Klage gestellte Begehren beigebracht, und es ist Sache des Richters, den Maaßstab des Gesetzes an die gegebenen Thatsachen anzulegen. Hienach erübrigt lediglich noch die Begründung der oben aufgestellten Annahme, daß nämlich das Wohnungsrecht der Kläger ohne Weiteres von dem alten Hause des Beklagten auf dessen jetziges Haus übergegangen sei.

Allerdings kann hiefür nicht die Bestimmung des L.R.S. 704 angezogen werden, die nur für Grunddienstbarkeiten gilt, während für das persönliche Wohnungsrecht — in Ansehung des Verlustes durch Untergang der Sache — die L.R.S.S. 625 vrgl. mit 617 Abs. 5 und 624 maaßgebend sind. Nach dem Rechte des Code Napoléon ist es außer Zweifel, daß, — Angesichts der Bestimmung des Art. 617 Abs. 5, wonach die Nutz-

[11]) Z. B. so: insbesondere mit Rücksicht auf das vom Angeklagten alsbald abgelegte umfassende Bekenntniß — auf die, obwohl nur in geringerem Grade vorhandene, Betrunkenheit des Angeklagten — auf das noch sehr jugendliche Alter des Angeklagten und dessen Verleitung durch u. s. w.

Digitized by Google

nießung, beziehungsweise Wohnung, durch gänzlichen Untergang der nutznießlichen Sache erlischt, und derjenigen der Art. 623 und 624, wornach bei nur theilweisem Untergang die Nutznießung am Ueberreste fortdauert, wenn aber ein Gebäude zur Nutznießung gegeben worden, bei Zerstörung desselben nicht etwa ein nur theilweiser Untergang anzunehmen ist, insofern etwa der vorhandene Grund und Boden (Hausplatz) als Ueberrest betrachtet werden wollte, sondern vielmehr in diesem Fall die Sache als gänzlich untergegangen und die Nutznießung, beziehungsweise Wohnung, als verloren erscheint, — in dem hier gegebenen Falle die Kläger lediglich auf Grund ihres ursprünglichen Rechtstitels mit ihrem Begehren nicht aufkommen könnten. Anders nach badischen Rechten. Im Großherzogthum gilt in Gemäßheit der Ges. vom 29. Dezember 1807 und der nachgefolgten vom 30. Juli 1840 und vom 29. März 1852 der Grundsatz der Zwangsversicherungspflicht der Gebäudebesitzer, mit der Ableitung, daß die Entschädigungssummen, welche von der Versicherungsanstalt im Fall eines Brandunglückes bezahlt werden, nur zum Wiederaufbau der zerstörten Gebäude verwendet, nur unter der Nachweisung der Erfüllung dieser Bedingung ausbezahlt und nur unter der gleichen Bedingung und mit Vorbehalt der gleichen Pflicht zum Nachweise ihrer Erfüllung von dem Brandbeschädigten veräußert werden dürfen, — als ein, auf die Baustelle radizirtes und den Werth des zerstörten Gebäudes vertretendes Recht, wie sich das Ges. vom 29. März 1852 ausdrückt, §. 53. Diesen gesetzlichen Bestimmungen liegt der Gedanke zu Grunde, daß nicht blos die einzelnen Personen, welche Gebäude besitzen, versichert sein sollen, und zwar zwangsweise, weil es im öffentlichen Interesse liege, durch eine derartige Zwangsvergesellschaftung der Verarmung Einzelner zuvorzukommen, sondern daß auch diese Versicherung lediglich in der Ersetzung des zerstörten Gebäudes durch ein anderes bestehen solle, weil das gleiche öffentliche Interesse die Erhaltung der Wohnstätten erheische. Es soll also ein Gebäude überhaupt nicht untergehen können, dadurch, daß es vom Feuer zerstört wird, weil durch die angeführten gesetzlichen Bestimmungen dafür gesorgt ist, daß sofort die Mittel zur Wiedererrichtung vorhanden sind, und wenn auch ein eigentlicher Zwang gegen die versicherten Brandbeschädigten zur Vornahme eines Neubaues nicht stattfindet, vielmehr nur darin eine Nöthigung für ihn gelegen ist, daß er andernfalls die Entschädigungssumme verliert, so erscheint doch die Sache, wenn der Wiederaufbau eines abgebrannten Gebäudes aus der Brandkassenentschädigung vorgenommen wird, nicht in dem Lichte, als sei überhaupt ein neues Gebäude entstanden, sondern es ist das alte Gebäude durch die im Voraus dafür bestimmten und vorhandenen Mittel, nur wieder neu hergestellt worden, wonach der im L.R.S. 624 vorgesehene Fall überhaupt nicht Platz greift. Ja man darf annehmen, daß, wenn ein Wohnungsrecht, wie hier, dergestalt errichtet wird, daß der frühere Eigenthümer ein Gebäude unter Vorbehalt eines solchen Rechts veräußert, es die Absicht der Vertragschließenden gewesen ist, dem früheren Eigenthümer und jetzigen Wohnungsberechtigten in einem Brandfalle die Wohnung zu erhalten, durch die gleichen Mittel, wodurch ihm früher, und wodurch jetzt dem neuen Eigenthümer das Gebäude selbst erhalten werden soll und erhalten wird, nämlich durch die Brandentschädigungssumme und durch das, mit dieser errichtete anderweite Gebäude. Es läßt sich diese Annahme durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Vertragschließenden unter der Herrschaft der bestehenden Gesetze, die sie kennen müssen, gehandelt haben, und daß bei der gegentheiligen Unterstellung eine offenbar ungerechtfertigte Bereicherung des einen Theils, d. h. des bisher Belasteten auf Kosten des anderen, stattfinden würde, und auf diese Weise kommt man, ohne auf blose Billigkeitsrücksichten sich berufen zu müssen, sondern gestützt auf gesetzliche Bestimmungen, über die formalistische, aus dem römischen Rechte entlehnte, Verfügung des L.R.S. 624 hinweg, womit gerade in dem vorwürfigen Fall, in welchem es sich offenbar um die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit handelt, als welche die Einräumung eines lebenslänglichen Wohnungsrechts seitens des Beklagten an seine dürftigen Verwandten sich darstellt, auch dem natürlichen Rechte näher gekommen wird.

Im Uebrigen und Einzelnen schließt sich der Gerichtshof den Ausführungen an, welche in den Entscheidungsgründen zu einem Urtheile des Kreis- und Hofgerichts Offenburg niedergelegt und in den Annalen Bd. XXXII No. 16 enthalten sind. Es genügt hieran um so mehr, als diese Ausführungen erschöpfend, und die hier erörterte Frage, welche nicht Gegenstand der Verhandlung war, nur von Amtswegen aufgeworfen worden ist. Aus diesen Gründen u. s. w.

Eisen.

Digitized by Google

61.

1) Von der Abläugnungsklage. L.R.S. 312.

2) Erlischt das Klagrecht des Vaters durch den Tod des Kindes?

Nach L.R.S. 312 kann der Mann das Kind abläugnen, das heißt dessen eheliche Eigenschaft absprechen, wenn er beweisen kann, daß es ihm, weil er von seiner Frau entfernt lebte, während den entscheidenden 120 Tagen natürlich unmöglich war, seiner Frau ehelich beizuwohnen.

Zachariä §. 546.

Stabel, Druckhefte über Vaterschaft und Kindschaft S. 2.

Das Gesetz bestimmt nun nicht, wie groß die Entfernung sein müsse. Es ist vielmehr dem richterlichen Ermessen überlassen, ob und wann aus dem Grunde der Entfernung die Vaterschaft für unmöglich zu erachten sei. Mit dieser Ansicht stimmen die französischen Rechtslehrer überein, so Toullier, le droit civil, livre I. tit. VII. nro. 808, tom. II. (Bruxelles) p. 80:

„Le Code ne fixe point à quelle distance les époux doivent avoir vecu, l'un de l'autre; il n'exige point, qu'ils aient été separés par les mers; il exige seulement, que l'éloignement fût tel, qu'au moment de la conception, tout rapprochement, même momentané, entre les deux époux, ait été physiquement impossible etc. — — c'est à la prudence du magistrat à l'appliquer ou à l'écarter, suivant les faits et les circonstances etc.“

Es kann also nicht darauf ankommen, ob die Eheleute so weit von einander leben, daß sie nach räumlichen Verhältnissen gar nicht zusammen kommen konnten, denn es gibt bei den heutigen Verkehrsmitteln kaum eine Entfernung, welche man nicht während 120 Tagen ganz oder doch zur Hälfte zurücklegen kann; —

vrgl. Demolombe, cours de droit civil, t. V. (t. III. Bruxelles) nro. 30:

„etc. aujourd'hui avec les bateaux à vapeur et les chemins de fer, ne voyez-vous pas, que vous supprimez cette cause de désaveu, si vous dites qu'elle doit toujours résulter uniquement de l'impossibilité materielle et absolue où les époux auraient été de se réunir? Y aura-t-il bientôt dans le monde entier une distance qu'on ne puisse franchir dans l'espace de cent vingt et un jours, ou plutôt dans la moitié de ce temps, puisque après tout, chacun des époux aurait pu faire la moitié du chemin?

Une telle interpretation serait donc contraire à la raison, et aussi à la morale etc..

sondern es genügt, wenn die Eheleute überhaupt getrennt sind, und der Richter aus den gegebenen Verhältnissen des einzelnen Falles, insbesondere auch mit Rücksicht auf die moralische Unmöglichkeit, die Ueberzeugung gewinnt, daß der Ehemann nicht der Vater des Kindes sein kann.

Diesen Grundsätzen entspricht eine neuere Entscheidung bei Sirey 1859 II. p. 524, sowie auch ein unlängst erlassenes Urtheil des großh. Kreisgerichts Carlsruhe.

Ein Schuhmacher von Grünwettersbach bekam nämlich im Frühjahr 1864 erhebliche Streitigkeiten mit seiner Frau, verließ die eheliche Wohnung und ging als Geselle in die Fremde, von wo er am 29. September 1866 erstmals zurückkehrte. Er traf seine Frau in hochschwangerem Zustand, und diese gebar denn auch am 14. October einen Knaben. Der Ehemann erklärte sofort vor dem Pfarrer, daß ihn das Kind nichts angehe; die Frau äußerte sich, ihr Ehemann könne wegen seiner Entfernung in der unterstellbaren Zeit nicht der Vater sein, sie wolle aber ihre Schande allein tragen, es solle nicht noch Einer ins Unglück kommen, deßhalb nenne sie den Erzeuger nicht.

Die Abläugnungsklage wurde rechtzeitig — L.R.S. 316 — erhoben, der nach L.R.S. 318 bestellte Vormund des Kindes, sowie die Mutter bestritten vor Gericht, daß der Kläger ununterbrochen abwesend war, konnten aber nicht entfernt angeben, ob und wann derselbe zu der entscheidenden Zeit nach Grünwettersbach zurückgekehrt sei.

Nach gepflogenen Beweisverhandlungen wurde:

in Erwägung, daß der Kläger nach einem gemeinderäthlichen Zeugnisse vom Vorsommer 1864 an, bis einige Tage vor der Geburt des Kindes ortsabwesend, und in der Zwischenzeit nicht einmal anwesend war;

in Erwägung, daß in einem so kleinen Orte, wie Grünwettersbach diese Umstände recht wohl mit Sicherheit angegeben werden können;

in Erwägung, daß der Kläger inhaltlich seines

Digitized by Google

Wanderbuches vom 22. Mai 1864 an, bis Ende September 1866 fortwährend im badischen Oberlande, im Elsaß und in der Schweiz in Arbeit stund;

in Erwägung, daß bei den obwaltenden Ehezwistigkeiten und den übrigen Verhältnissen eine momentane Rückreise des Mannes höchst unwahrscheinlich ist,

dem Klagbegehren stattgegeben.

Hierbei warf sich noch eine weitere Frage auf: Das Kind, dessen Vaterschaft abgeläugnet wurde, war nämlich nach Erlassung des Beweiderkenntnisses gestorben. Bei der Schlußverhandlung bestritt nun der Anwalt des beklagten Theiles, daß die erhobene Klage fernerhin noch statthaft sei. Der Gerichtshof theilte diese Ansicht nicht. Allerdings berührt das Gesetz in L.R.S. 317 nur den Fall, wenn der Vater stirbt; allein es folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Tod des Kindes das Recht des Vaters auf Verläugnung nicht aufhebt, denn das Interesse des Vaters dauert fort; dieses beruht nämlich — abgesehen von L.R.S. 906 und 925 — in der Erfüllung der Pflichten, welche den Eltern auch noch nach dem Tode des Kindes gegen dessen Gläubiger, z. B. für die Kosten der letzten Krankheit und sonstigen Verpflegung obliegen, L.R.S. 203. 207, ferner kann der Ehemann ein obsiegendes Urtheil einer künftigen Ehescheidungsklage zu Grunde legen, während umgekehrt die Klage auf Verläugnung der Vaterschaft statthaft erscheint, wenn auch der Ehemann vorher weder den rechtlichen Beweis des Ehebruchs noch der Verheimlichung des Kindes lieferte.

Man vergleiche über diese Frage der Fortdauer des Klagrechts nach dem Tode des Kindes:

Dalloz, t. XXXV. Paternité et filiation, titre I. chap. 3 sect. 2 nro. 150 p. 216:

„L'action en désaveu de paternité peut être poursuivie après la mort de l'enfant qui en est l'objet."

ferner:

Demolombe, t. V. (III. Bruxelles) nro. 73: etc. „l'action en désaveu sera admissible, lors même, qu'elle n'aurait été formée qu'après le déces de l'enfant, s'il y avait encore quelque intérêt à la faire juger."

v. Blittersdorf,
großh. Kreisgerichtsrath.

62.

Eine Folgerung aus der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften.

Annalen Bd. 32 S. 114 ff., Bd. 33 S. 76.
Wochenschrift für die Rechtspflege und Verwaltung in Baden No. 2 S. 15.

Von dem Satze, daß die Handelsgesellschaften juristische Personen seien, hat das Amtsgericht Säckingen in einem Rechtsfalle durch Verurtheilung des beklagten Theils nach dem Klagbegehren mit den nachstehenden Entscheidungsgründen eine vielleicht kühn scheinende Anwendung gemacht, welcher aber auch Art. 102 des d. H.G.B. nicht entgegen stehen wird. Die Gründe lauten:

„Die klagende offene Handelsgesellschaft verlangt von der Beklagten die Zahlung der im Urtheil angegebenen Summe von 6787 fl. 21 kr., weil diese sich als Guthaben der Klägerin bei dem am 1. Mai 1863 stattgehabten Abschlusse des Contocorrents ergeben habe, der über den Geschäftsverkehr beider streitenden Handlungshäuser mit einander vom Dezember des Jahres 1857 an geführt worden sei."

„Wenn nun auch zwei der drei Theilhaber der beklagten Firma die eingeklagte Forderung in ihrer ganzen thatsächlichen Grundlage widersprochen haben, so erscheint dieselbe doch als von der beklagten Gesellschaft anerkannt. Denn ihr dritter Theilhaber, W. L., nach dem Gesellschaftsvertrage gleich den beiden anderen mit dem Recht der Unterschrift für die Firma versehen, deren Mitglieder sämmtlich, alle für einen und einer für alle, der eingeklagten Forderung gegenüber — falls sie wirklich besteht — haftbar sind, nebstdem ausdrücklich mit der Buchführung und allen comptoiristischen Arbeiten beauftragt, hat die eingeklagte Forderung, wie den ganzen vorgelegten Contocorrent als richtig anerkannt. Durch dieses Anerkenntniß (judicio quasi contrahitur) hat die klagende Gesellschaft ein Recht erworben, welches die ganze beklagte Gesellschaft gegen sich gelten lassen muß, und wogegen der Widerspruch ihrer zwei weiteren Theilhaber wirkungslos ist. Daß W. L. zugleich auch Theilhaber des klägerischen Handlungshauses ist, ändert hieran nichts, indem nicht die Mitglieder der Handelsgesellschaften als die einzelnen Personen, sondern die juristischen Personen der Handelsgesellschaften selbst die Prozeßpartheien sind." (Schl. folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 20.

(Schluß von Art. 62.)

So wenig daher W. L. eine Forderung, die er selbst an die klägerische Firma hätte, dieser entgegenhalten könnte, so wenig darf ihm seine Betheiligung an der klägerischen Firma entgegengehalten werden, gerade so wie der Umstand, daß ein Theilhaber einer beklagten Firma oder ein Einzelner daneben Bürger einer klägerischen Gemeinde ist, nicht zu bewirken vermag, daß dieser Theilhaber nicht auch seiner Gemeinde gegenüber sich oder die Firma verpflichten könnte. Ferner wird die dargestellte Sachlage durch die zwischen den drei Theilhabern der beklagten Gesellschaft schwebenden Rechtsstreite über die Auseinandersetzung ihres Gesellschaftsvermögens keine andere. Die beklagte Firma, auf zehn Jahre vom 1. Dezember 1857 an abgeschlossen, besteht noch, ihre Auflösung ist durch keine Thatsache bewirkt worden, obschon die Gesellschaft in ihrer Fabrik nicht mehr arbeiten läßt.

Daß aber in der That die juristischen Personen der gegnerischen Handelsgesellschaften, und nicht einzelne Menschen die Prozeßpartieen sind, geht schon daraus hervor, daß die Antheile der verschiedenen Gesellschaftsmitglieder (namentlich der klägerischen Firma) nicht angegeben sind und nicht angegeben zu sein brauchen, sondern bei Klagen zwischen Handelsgesellschaften die Theilung des Streitgegenstandes unter die Mitglieder eine nur diese Mitglieder berührende Sache ist.

Aus dem Gesagten geht ferner hervor, daß die Einrede der Rechtsvermischung, hergenommen aus W. L.'s Theilhaberschaft an beiden streitenden Handelsgesellschaften, unbegründet ist."

Auf die beklagter Seits bereits ausgeführte Appellation gegen dieses Urtheil wurde verzichtet.

Adolf Baumstark.

63.

1) Unterschied zwischen Aktiengesellschaft, Handelsgesellschaft und gewöhnlicher Gesellschaft.

2) Wer die Verbindlichkeit übernimmt, an einem gewissen Orte einen Brunnen herzustellen, der eine bestimmte Menge Wassers liefert, haftet auch ohne besondere Garantieübernahme für Schaden und Kosten, so lang er nicht darthut, daß die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich ist.

Entscheidungsgründe

zu dem Urtheile und Beweiserkenntniß des Kreisgerichts Baden vom 2. Mai 1865. In Sachen Schnepf gegen Dörr und Genossen.

Der Kläger hat den Vertrag vom 3. Dezember 1863, auf welchen er die gegen die Beklagten erhobenen Ansprüche stützt, seinem eigenen Vortrag zufolge mit der am 12. November 1863 gebildeten, im Handelsregister unter der Bezeichnung „Allgemeine Wasserversorgungsgesellschaft" eingetragenen Aktiengesellschaft abgeschlossen.

Wenn er dessenungeachtet nun die drei Beklagten, nämlich S. Dörr, die Firma G. Müller u. Cons. und G. Henoch, als Theilhaber jener Gesellschaft und nicht die Gesellschaft selbst belangte und von ihnen selbst für den Fall, daß das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung seines Anspruchs nicht ausreichen sollte, Zahlung aus ihrem Privatvermögen verlangt, so widerspricht dieses Begehren den über die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft geltenden Gesetzesbestimmungen in jeder Hinsicht.

Die Aktiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten und kann als solche vor Gericht verklagt werden, H.G.B. 213; sie wird nicht durch die Gesammtheit der Aktionäre, sondern durch den vertragsmäßig bestellten Vorstand vertreten, H.G.B. 227 und 230 und für die von ihr übernommenen Verpflichtungen haftet nur das durch den Vorstand vertretene Gesellschaftsvermögen, während der einzelne Aktionär zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nur seine statutenmäßige Einlage zu entrichten hat, niemals aber für die Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten unmittelbar oder über den Betrag der Einlage hinaus in Anspruch genommen werden kann. H.G.B. 207. 219.

Digitized by Google

Die durch jenen Vertrag übernommenen Verbindlichkeiten können also nur gegen die contrahirende Gesellschaft, nicht aber gegen die einzelnen Aktionäre verfolgt werden.

An diesem Verhältnisse ändert aber auch die inzwischen eingetretene Auflösung der Aktiengesellschaft nur soviel, daß die Vertretung derselben nunmehr auf die ernannten Liquidatoren übergeht, H.G.B. 244, keineswegs aber erleidet dadurch das Rechtsverhältniß der Aktionäre gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft eine Modification, und gerade aus diesem Grund sind in dem Gesetze zum Schutze der Gläubiger behufs einer Sicherung des Gesellschaftsvermögens besondere Vorkehrungen in H.G.B. Art. 245 verbunden mit 202 getroffen worden.

Der klägerische Anwalt hat zwar auch davon gesprochen, daß die fragliche Gesellschaft überhaupt keine zum Handelsbetrieb gebildete Aktiengesellschaft sei, allein diese Behauptung widerlegt sich aus seinen eigenen Ausführungen. Die Betheiligung der Mitglieder geschah, wie er selbst bemerkt, durch das Zusammenschießen einer auf die Summe von je 20,000 fl. sich belaufenden Einlage, welche ausdrücklich als Aktienkapital bezeichnet wird und damit deutlich zeigt, daß die Gesellschafter nur mit dieser Einlage, nicht aber persönlich zu haften gedenken. Der Zweck der Gesellschaft aber war die entgeldliche Lieferung von Wasser oder die nach der Größe des angewendeten Kapitals und der Art der gesellschaftlichen Operationen über den Anfang des Handwerks hinausgehende Uebernahme von zur Erschließung und Auffindung von Wasser bestimmten Arbeiten. *)

Zudem würde aber, wenn man in diesen Leistungen nur eine, die Anwendbarkeit der Art. 271 und 272 des H.G.B. bedingende Thätigkeit auch nicht erblicken wollte, die rechtliche Beurtheilung der fraglichen Verhältnisse dieselbe bleiben, da auch sofern die fragliche Gesellschaft nicht als Handelsgesellschaft erscheinen und damit das Handelsgesetz nicht anwendbar sein sollte, jene Folgerungen immerhin aus dem Begriffe der Aktiengesellschaft an sich abgeleitet werden mußten.

Da aber die Klage unbestrittenerweise gegen sämmtliche Theilhaber der Aktiengesellschaft gerichtet ist, ursprünglich auch nur eine Verurtheilung, soweit das Gesellschaftsvermögen reiche, verlangt, und auch der beklagtische Anwalt mit einer von S. Dörr als Liquidator der Gesellschaft ausgestellten Vollmacht aufgetreten ist, so konnte der Auslegung Raum gegeben werden, daß die Benennung der sämmtlichen Aktionäre auch die Bedeutung einer Bezeichnung der Gesellschaft selbst in sich schließe, die Klage mithin auch gegen die Gesellschaft selbst, welche durch S. Dörr in die Verhandlung sich eingelassen hat, gerichtet sei.

Es mußten deßhalb die gegen die Beklagten Dörr und Genossen gerichteten Anträge, insbesondere auch der gegen Henoch gestellte Contumacialantrag verworfen, gegenüber der beklagten Gesellschaft selbst aber in eine Verhandlung des Anspruchs eingegangen werden.

Nach dem Eingangs erwähnten Vertrage hatte die beklagte Gesellschaft sich verpflichtet, auf dem Besitzthum des Klägers einen Brunnenstollen einzutreiben, die Arbeitskosten sollte der Kläger entrichten, die Beklagte aber, sobald die Arbeit vollendet sei, und der Brunnenstollen 8 bis 10 badische Ohm Wasser per 24 Stunden liefere, ein Honorar von 200 fl. erhalten. Da aber die Arbeit keinen Erfolg lieferte und unerwarteter Weise nach Ansicht der Beklagten wegen der Beschaffenheit des Terrains nicht einmal die Aussicht auf einen solchen bot, verlangt nun der Kläger, nachdem er vergeblich auf Vollzug des Vertrages gedrungen, die Auflösung desselben und den Ersatz der von ihm aufgewendeten Kosten, sowie Vergütung einer Beschädigung, welche ihm durch ungeschickte Vornahme der Sprengarbeiten verursacht wurde.

Es kann nun zwar keinem Bedenken unterliegen, daß die Beklagte mit den erfolglosen Nachgrabungen noch keineswegs ihren vertragsmäßigen Verpflichtungen nachgekommen ist, da diese sich durchaus nicht auf die Anstellung eines einzigen Versuches zur Erschließung des vermutheten Wassers beschränken, vielmehr die Herstellung eines Brunnenstollens in sich schließen, durch welchen Kläger in den Genuß der im Vertrag bezeichneten Wassermenge gelangen kann, und es erscheint hiernach gemäß L.R.S. 1184. 1146 und 1147 das Begehren der Klage an sich begründet, wenn es der Beklagten nicht gelingen sollte, den Nachweis zu liefern, daß in Folge der Beschaffenheit des fraglichen Terrains daselbst überhaupt gar kein Wasser gefunden werden kann. In diesem Falle nämlich wäre dargethan, daß die Beklagte,

*) Ueber die Frage, ob die beklagte Wasserversorgungsgesellschaft eine Handelsgesellschaft oder nur eine gewöhnliche Gesellschaft sei, vergleiche Annalen 31 S. 262 und meinen Aufsatz Busch, Archiv für Handelsrecht VIII. S. 400.

Digitized by Google

welche ausweislich des Vertragsinhalts keine Gewähr dafür übernommen hat, daß Kläger durch den Stollen die gehoffte Wassermenge erhalten werde, durch eine höhere Gewalt oder einen zufälligen Umstand an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gehindert und sie könnte demgemäß zu einem Ersatze der dem Kläger erwachsenen Kosten nicht angehalten werden. (Vrgl. Annalen 1862 S. 23.)

Es mußte hiernach dem Kläger der Beweis seiner Auslagen und der behaupteten Beschädigung, der Beklagten aber der eben erwähnte Nachweis auferlegt werden.

Von Seiten der Beklagten wurde auch noch bezweifelt, ob die Auslagen des Klägers zu dem Interesse gehören, dessen Leistung sie schulde; allein das Interesse umfaßt eben den ganzen Unterschied, welchen die Nichterfüllung des Vertrags im Gegensatze der gehörigen Leistung im Vermögensbestande des Berechtigten verursacht hat, also ebensowohl den erlittenen Verlust in Folge der vergeblichen Ausgaben, wie den entgangenen Gewinn. L.R.S. 1149.

Endlich hat der beklagte Anwalt aus dem Umstande, daß die Ehefrau des Klägers die Arbeiter zur Einstellung ihrer Arbeit aufgefordert habe, einen freiwilligen Rücktritt des Klägers von dem Vertrage ableiten wollen, allein offenbar konnte jener Vorfall auch ganz andere Ursachen haben und der Kläger selbst hat auch später noch genugsam zu erkennen gegeben, wie wenig er gesonnen sei, irgend welche Rechte aus dem Vertrage aufzugeben.

Aus diesen Gründen, wurde, wie geschehen, erkannt.

Dr. Puchelt.

64.

Trennung inländischer Eheleute von Tisch und Bett, ausgesprochen durch ein ausländisches Gericht.

Annalen 1863 Aufl. Ziff. 15 Bl. No. 6 und 7.
Arch. f. civilistische Praxis 46. Bd. S. 311—334.

Constantin Lienemann von Kenzingen verehelichte sich im Jahre 1849 mit Angelica Jehle von Rheinau im Elsaß. Die Eheleute begaben sich im Jahre 1853 in den Canton Genf, woselbst sie sich mehrere Jahre aufhielten. Im Jahre 1857 kam der Ehemann in seine Heimath Kenzingen zurück. Kurz ehe er den Canton Genf verließ, stellte die Ehefrau bei dem Civilgericht zu Genf ein Gesuch auf Trennung von Tisch und Bett, welchem Gesuche gedachtes Gericht mittelst Erkenntnisses vom 5. Dezember 1857 stattgab. Auf Grund des letztern begehrte die Ehefrau im Jahre 1865 im Wege einer gegen den Ehemann vor dem zuständigen badischen Gerichte — dem großh. Kreis- und Hofgericht Freiburg, Civilkammer — erhobenen Klage Theilung des Gemeinschaftsvermögens. Die Civilkammer gab unter dem 22. Dezember 1865 dem Klagbegehren statt, während der Appellationssenat auf die Berufung des Ehemannes unter dem 3. Mai 1866 abändernd die Klage abwies. Klägerin oberappellirte. Das großh. Oberhofgericht erließ unter dem 29. November 1866 ein Beweiserkenntniß, womit es der Klägerin zu beweisen aufgab, „daß Beklagter zur Zeit des in Folge Antrags der Klägerin auf Trennung von Tisch und Bett von dem Civilgerichte zu Genf gegen ihn gerichteten Verfahrens im Bezirke dieses Gerichtes mit der Absicht, seine Hauptniederlassung dahin zu verlegen, Wohnung genommen hatte."

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

„Die Klägerin stützt auf die Behauptung, daß sie im Jahre 1857 durch ein Erkenntniß des Civilgerichts zu Genf, in dessen Bezirk sich damals ihr Ehemann mit ihr niedergelassen gehabt, von Tisch und Bett getrennt worden sei, das Begehren, denselben, da er sich der Vermögenstheilung weigere, gerichtlich für schuldig zu erklären, daß er eine solche Theilung geschehen lasse."

„Die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg gab dem Begehren statt, während der Appellationssenat ebengedachten Gerichtshofes dasselbe zurückwies, wogegen sich nun Klägerin anher beschwert."

„Daß die Trennung von Tisch und Bett Vermögensabsonderung nach sich ziehe, mithin auch eine Theilung begründen könne, steht nach den L.R.S.S. 311. 1441a. 1453. 1467 u. ff. fest. Es fragt sich jedoch, ob ein von einem ausländischen Gerichte inländischen Eheleuten gegenüber erlassenes Erkenntniß auf Trennung von Tisch und Bett die gedachten Folgen hervorzurufen vermöge."

„Für Verneinung dieser Frage wird geltend gemacht, daß nur die Gerichte des Staates, dessen Angehörige die betreffenden Eheleute seien, nicht aber des Staates, in welchem dieselben als Ausländer ihre Wohnung genommen hätten, zum Verfahren und Urtheile über

Digitized by Google

Ehescheidungsklagen und Gesuche auf Trennung von Tisch und Bett befugt seien, weil Ehestreitigkeiten der fraglichen Art als Streitsachen, welche den bürgerlichen Stand betreffen, zu betrachten seien, solche Streitsachen aber nach L.R.S. 3 Abs. 3 nur von den Gerichten des Heimathsstaates verhandelt und entschieden werden könnten."

„Dieser Anschauung steht indessen — abgesehen vom L.R.S. 234 und dem §. 7 der im Jahre 1857 in Kraft gestandenen bürgerlichen Prozeßordnung vom Jahre 1851 — der damals gemäß L.R.S. 311 a und §. 18 des I. Einführungsedicts zum Landrechte zweifellos geltende §. 63 der Eheordnung entgegen, indem er unter Buchstaben a und d, wenn auch zunächst nur für im Inlande befindliche Ausländer, das Gericht, in dessen Bezirk die Eheleute oder auch nur der Ehemann ihre Wohnung haben, zur Verhandlung und Entscheidung von Ehestreitigkeiten für befugt erklärt. Dafür, daß das obenangeführte Gesetz ausschließlich für im Inlande befindliche Ausländer verfüge und auf im Auslande wohnende Inländer nicht zu beziehen sei, sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Es liegt vielmehr, da der Grundsatz, in Ehestreitigkeiten habe das Gericht des Wohnsitzes der Eheleute zu verhandeln, und zu entscheiden, gleichviel, ob dieselben Ausländer oder Staatsangehörige seien, bis in die neuere Zeit allgemein für maaßgebend erachtet wurde, ungleich näher anzunehmen, daß das gedachte Gesetz in Anerkennung dieses Grundsatzes die Folgerungen gezogen habe, welche sich daraus für die Feststellung des Wirkungskreises der inländischen Gerichte ergeben. Für ausländische Gerichte hatte der inländische Gesetzgeber nicht zu verfügen. Zu Gunsten dieser Anschauung spricht auch der Grundsatz der Gegenseitigkeit, der durch die gegentheilige Ansicht entschieden verletzt wird. Daß das fragliche Gesetz im Jahre 1857 bereits aufgehoben gewesen, läßt sich sicherlich nicht behaupten, da dasselbe als besonderes Gesetz selbst neben etwa ihm entgegenstehenden allgemeinen Bestimmungen späterer Gesetze fortzugelten hatte. Diese, anerkannten Auslegungsregeln zu entnehmende, Ansicht wird noch insbesondere durch den §. 18 des I. Einführungsedicts zum Landrechte bestätigt, welcher bestimmt, daß „„die im Landrechte angezogenen ältern Landesgesetze, wie die Eheordnung, wo sie nicht buchstäblich geändert seien, auch fernerhin in Kraft bleiben sollten.""

„Daß das die Trennung von Tisch und Bett aussprechende Erkenntniß in der behaupteten Weise erging, muß für zugestanden erachtet werden, da inhaltlich der Entscheidungsgründe zum Urtheile der Civilkammer vom Anwalte des Beklagten die Klagethatsachen zugegeben wurden und das Bestehen einer Trennung von Tisch und Bett nur um deßwillen beabredet wurde, weil des Beklagten allgemeiner Gerichtsstand zur entscheidenden Zeit nicht in Genf, sondern zu Kenzingen gewesen sei. Auf das erwähnte Zugeständniß hin muß auch die Beanstandung, daß kein Nachweis über die Behändigung des zu Genf erlassenen Urtheiles an den Beklagten vorliege, als beseitigt erscheinen, da ja die Rechtskraft des Urtheiles in der Klage behauptet und dem Vorstehenden zufolge auch als zugegeben zu betrachten ist. Wenn beklagter Seits geltend gemacht wurde, das ofterwähnte Urtheil stelle sich dem der Klage in beglaubigter Abschrift angeschlossenen Protokolle des Genfer Civilgerichts vom 5. Dezember 1857 nach als ein Contumacialurtheil dar, ein solches Urtheil sei aber nach badischer Gesetzgebung in Ehesachen gar nicht zulässig; so kommt hingegen in Betracht, daß inhaltlich des Protokolls selbst Beweise erhoben wurden, welche das Gericht als zur Begründung des Begehrens auf Trennung von Tisch und Bett genügend erachtete, daß aber unter der Voraussetzung solcher Beweiserhebung sowohl das im Jahre 1857 in Kraft gestandene, als das jetzt geltende badische Recht die Zulässigkeit eines auf ungehorsames Ausbleiben des Beklagten in Ehesachen ergehenden Urtheiles anerkennt. Eheordnung §§ 64. 65. Pr.O. §. 1040. Der Mangel eines Staatsvertrages mit dem Canton Genf über Vollstreckung der Urtheile tritt dem klägerischen Begehren schon um deßwillen nicht entgegen, weil nach Pr.O. §. 847 Ziff. 2. 3 auch ohne Dasein eines Staatsvertrages dann, wenn dargethan ist, daß, nach inländischen Gesetzen beurtheilt, die fremde Gerichtsbarkeit begründet war, und daß das auswärtige Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, auf Vorlage desselben, sei es gegen Inländer oder Ausländer gefällt, sowie auf Bitte um Vollstreckung, diese nach Vorladung der Parteien verfügt werden soll, weil aber dem Obigen zufolge, vorausgesetzt, daß der Beklagte zur fraglichen Zeit seinen Wohnsitz im Bezirke des oftgedachten ausländischen Gerichtes hatte, die oben angeführten Bedingungen des §. 847 der Pr.O. erfüllt sind. Der Einwand, es stehe nicht fest, daß das

Digitized by Google

Genfer Recht dieselben Folgen mit der Trennung von Tisch und Bett verknüpfe, welche dieser das badische Recht einräume, ist nicht begründet, wie sich schon daraus ergibt, daß, wie gemeinkundig ist und auch durch das klägerischer Seits vorgelegte Gutachten Genfer Anwälte bestätigt wird, in Genf der Code Napoléon gilt, mit dem das badische Landrecht in der fraglichen Beziehung völlig übereinkommt."

„Nach den bisherigen Ausführungen erübrigt nur noch die Frage, ob der Beklagte in der That bei Beginn des vom Genfer Gerichte gegen ihn eingeleiteten Verfahrens, seinen Wohnsitz im Bezirke dieses Gerichtes hatte, oder nicht. Ersteres will, wie sich aus der Klage und den ihr im Laufe des Verfahrens gewordenen Erläuterungen ergibt, die Klägerin behaupten, während es von beklagter Seite inhaltlich des oben erwähnten Theiles der Entscheidungsgründe zum Urtheile des ersten Rechtszugs beabredet wird. Es bedurfte somit einer Beweisauflage über diesen Punkt und wurde hierdurch das vorstehende Beweiserkenntniß veranlaßt, welches seinen Ausgangspunkt von der Bestimmung des L.R.S. 103 nimmt, aber nicht ausschließt, daß eine Verlegung des Wohnsitzes in den Canton Genf durch den Beweis der Voraussetzungen des L.R.S. 109 dargethan werde." Roßhirt.

65.

Zur Auslegung des §. 823 der badischen Prozeß-Ordnung.

Man vrgl. Annalen XXXIII. S. 33 f. 89 ff.

Es ist nicht Rechthaberei, sondern das Bedürfniß, den Sinn der obigen Vorschrift außer Zweifel zu stellen, was uns bestimmt, auf die Bemerkungen zu antworten, womit die Redaction der Annalen in No. 12 d. J. unsere Bedenken gegen die in No. 5 mitgetheilte Entscheidung des großh. Oberhofgerichts bekämpft hat. Unmittelbar nach diesen Bemerkungen hat die Redaction auf S. 92 f. ein Erkenntniß vom 31. Januar 1867 mitgetheilt, wodurch das großhzgl. Oberhofgericht die Oberappellation gegen ein Urtheil, das über Erinnerungen eines Gantgläubigers gegen den Vertheilungsbescheid erkannt hatte, in Anwendung der §§. 823. 1153 der Pr.O. als unstatthaft verworfen hat, weil die Oberappellationsbeschwerdeschrift nicht innerhalb 14 Tagen nach Verkündung des Urtheils zweiter Instanz eingereicht worden war. Mit dieser neuesten uns bekannten Entscheidung des großh. Oberhofgerichts stimmt unsere Ansicht überein;[1] wir haben sie also nur noch gegen die Redaction zu vertreten.

In ihren Bemerkungen ist ausgeführt, die Vorschrift des §. 823, wonach der Appellant innerhalb 14 Tagen das Rechtsmittel bei dem Obergericht rechtfertigen muß, sei dahin auszulegen, daß das Appellationsgericht sofort nach Einkunft der Akten eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung über die Appellation mit thunlichster Beschleunigung anzuordnen habe. Insofern diese Auslegung dem Wortlaut des Gesetzes nicht entspricht, macht die Redaction geltend, daß der offenbar unrichtige Ausdruck eines Gesetzes dem Gedanken desselben nachstehen müsse.

Wenn dem Gesetzgeber bei Abfassung des §. 823 der von der Redaction unterstellte Gedanke wirklich vorgeschwebt hätte, würde er sich allerdings äußerst unrichtig ausgedrückt haben. Es wäre geradezu ungereimt, einer Partei für einen Vortrag, den sie nur in einer vom Richter anzusetzenden Tagfahrt erstatten kann, eine Nothfrist anzusetzen, und zwar eine so kurze Nothfrist, daß es dem Richter auch beim besten Willen kaum möglich wäre, die Tagfahrt rechtzeitig abzuhalten. Je weniger aber der Wortlaut eines Gesetzes dem Gedanken entspricht, welchen der Ausleger darin finden will, desto schlagendere Beweise wird er dafür beibringen müssen, daß der Gesetzgeber gleichwohl den ihm beigelegten Gedanken habe ausdrücken wollen. Die Redaction beruft sich für ihre Auslegung

1) darauf, daß unter der Rechtfertigung der Appellation nicht die Beschwerdeschrift, sondern der bei der mündlichen Verhandlung von dem Appellanten zu erstattende Vortrag zu verstehen sei;

2) darauf, daß es eine zwecklose Verschleppung des Verfahrens wäre, wenn der Appellant noch eine Beschwerdeschrift bei dem Appellationsgericht einreichen müßte, nachdem er die Aufstellung der Beschwerden, die in den Fällen des §. 823 allein in die Beschwerdeschrift gehöre, schon mit der Anzeige der Appellation habe verbinden müssen.

Wir vermögen aber keinen von beiden Gründen anzuerkennen.

Zu 1) findet es die Redaction auffallend, daß wir Beschwerdeschrift und Rechtfertigung der Appellation iden-

tificiren; nach ihrer Ansicht findet die Rechtfertigung der Appellation ausschließlich bei der mündlichen Verhandlung statt. Daß der Ausdruck nach seiner allgemeinen Bedeutung in diesem Sinne gebraucht werden könnte, bestreiten wir nicht; wir haben aber nie anders gewußt, als daß er eine technische Bezeichnung für den Vortrag dessen sei, was nach unserer Prozeßordnung in die Beschwerdeschrift gehört und wir sind auch jetzt noch dieser Meinung.

Die Prozeßordnung gebraucht den Ausdruck nur an der einen Stelle, welche jetzt den §. 823 bildet. Was in dieser Gesetzesstelle gegen die Auslegung der Redaction spricht, haben wir oben angedeutet. Man muß unterstellen, daß das Gesetz für die Rechtfertigung der Appellation nicht eine Frist bestimmt hätte, wenn ein in einer Tagfahrt zu erstattender Vortrag damit gemeint wäre. Dazu kommt, daß in dem amtlichen Register der Prozeßordnung von 1831 auf Seite 356 zu lesen ist:

„Rechtfertigung der Appellation, s. Beschwerdeschrift,“ [2])

und daß in v. Weiler's Motiven auf S. 117 f. nicht weniger als viermal unter Ziff. 5. 6. 7ª u. 7ᵇ der Ausdruck „Rechtfertigung der Appellation“ für die Beschwerdeschrift gebraucht ist. Er ist dem Prozeßrecht entnommen, welches zur Zeit der Entwerfung der Pr.O. in Kraft war. Nach der Obergerichtsordnung (§§. 129. 133) hatte der Appellant innerhalb sechs Wochen nach der Urtheilsverkündung die Rechtfertigungsschrift einzureichen, und wenn bei deren Prüfung die Appellation als statthaft erschien, wurde Ladung verfügt. In dem gemeinen deutschen Prozeßrecht unterscheidet man Einführung und Rechtfertigung der Appellation; man empfiehlt aber, beides in einer Schrift (der Rechtfertigungsschrift unserer O.G.O.) zu verbinden. Eine mündliche Verhandlung ist dabei allerdings nicht vorausgesetzt; aber auch nach unserer Pr.O. von 1831 und 1851 war die mündliche Verhandlung über die Appellation nur eine Rechtsausführung, auf welche die Parteien verzichten konnten.

Jetzt hat allerdings die mündliche Verhandlung eine andere Bedeutung, aber nicht eine solche, daß unter der Rechtfertigung der Appellation, wo das Gesetz noch diesen Ausdruck gebraucht, der Vortrag des Appellanten bei der mündlichen Verhandlung verstanden werden müßte. Es wäre an sich schon eigenthümlich, wenn derselbe Ausdruck, der früher die Beschwerdeschrift und nicht den Vortrag bei der mündlichen Verhandlung bedeutet hat, jetzt, ohne daß der Paragraph, der den Ausdruck enthält, irgendwie geändert wurde, lediglich in Folge sonstiger Aenderungen des Gesetzes umgekehrt den Vortrag bei der mündlichen Verhandlung und nicht die Beschwerdeschrift bedeuten sollte. Jedenfalls war der Gesetzgeber sich dieses Wandels nicht bewußt; sonst würde er, statt es bei der Nothfrist zu belassen, die Anberaumung einer Tagfahrt angeordnet haben. Es war aber auch nicht etwa ein Uebersehen des Gesetzgebers, daß er jenes Wandels sich nicht bewußt geworden ist; denn er hatte keinen zureichenden Grund, ihn anzunehmen. Schon in unseren Bedenken, S. 90 f., glauben wir gezeigt zu haben, daß die Beschwerdeschrift im Wesentlichen noch dieselbe Bedeutung hat, die ihr früher zukam. Insbesondere müssen die neuen Thatsachen und Beweismittel, welche der Appellant geltend machen will, noch immer in der Beschwerdeschrift vorgebracht werden. Dieses neue Vorbringen ist ein Theil der Rechtfertigung der Appellation, und selbst der wichtigere Theil, insofern die Würdigung dessen, was in der ersten Instanz schon vorgebracht wurde, auch ohne die Ausführung des Appellanten dem Appellationsgerichte obliegt. [3])

Zu 2) Die Vorschrift des §. 823, wornach mit der Anmeldung der Appellation die Beschwerde speciell angegeben werden muß, entspricht der allgemeinen Vorschrift, welche die Prozeßordnung von 1831 in §. 1189 und jene von 1851 in §. 1143 dahin aufstellte, daß bei Anmeldung der Appellation die Theile des Urtheils zu bezeichnen seien, gegen welche das Rechtsmittel ergriffen wird; denn die Angabe der Beschwerde besteht ja eben darin, daß die Bestimmungen des Urtheils bezeichnet werden, durch welche man sich für beschwert erachtet. Diese allgemeine Vorschrift hatte die doppelte Bedeutung, daß in demselben Umfang, in welchem die Appellation angemeldet war,

1) das Recht der Anschließung für den Appellaten begründet und
2) der Eintritt der Rechtskraft und die Vollstreckung gehindert wurde.

Die erstere Bedeutung der erwähnten Vorschrift ist in der Prozeßordnung von 1864 mit der Erweiterung des Anschließungsrechts hinweggefallen, und dies ist wohl der Grund, weßhalb die Vorschrift selbst in die neue Prozeßordnung nicht wieder aufgenommen wurde; die zweite Bedeutung hat aber die specielle Angabe der be-

Digitized by Google

schwerenden Theile des Urtheils auch jetzt noch (Pr.O. §. 1112), und gerade diese Bedeutung ist es, wegen der die bezügliche Vorschrift im §. 823 besonders eingeschärft wurde, wie aus §. 824 klar hervorgeht. So wenig nun in anderen Fällen dadurch, daß der Appellant mit der Anmeldung der Appellation die anzufechtenden Bestimmungen des Urtheils bezeichnet, die Einreichung der Beschwerdeschrift bei dem Appellationsgericht überflüssig wird, ebensowenig ist sie in den Fällen des §. 823 darum überflüssig, weil der Appellant mit der Anmeldung der Appellation seine Beschwerde speciell angeben muß. [4])

Für den Gesetzgeber mag die Frage nahe liegen, ob nicht bei unserem jetzigen Verfahren die Beschwerdeschrift entbehrlich sei; der Richter hat aber das gegebene Gesetz anzuwenden. P.

Anmerkungen.

[1]) Dieser neueste Fall war in thatsächlicher Beziehung von dem in No. 5 der Annalen mitgetheilten Falle dadurch wesentlich verschieden, daß in der Anmeldung der Appellation bei dem Unterrichter die specielle Angabe der Beschwerde, wie solche §. 823 der Pr.O. vorschreibt, unterlassen und auch die Aufstellung der Beschwerden bei dem Oberrichter versäumt war, eine solche daher in diesem, nicht aber in dem frühern Falle, überhaupt rechtzeitig gar nicht stattgefunden hat.

[2]) In den Registern der Prozeßordnungen von 1851 und 1864 ist diese Verweisung gestrichen, ohne Zweifel, weil man das Unpassende jener Bezeichnung in dem neuen Verfahren erkannt hat.

[3]) Daß Aufstellung der Beschwerden und Rechtfertigung — d. h. die rechtliche Begründung der Beschwerden zwei verschiedene Dinge sind, ist wohl an und für sich klar. Die erstere weist unsere Prozeßordnung — §. 1135 — in die Beschwerdeschrift, die letztere ist in der nach §. 1140 anzuordnenden mündlichen Verhandlung vorzutragen. Nach der Obergerichtsordnung waren allerdings beide in einem Schriftstück — der sog. Rechtfertigungsschrift — vereinigt, mit der Sache selbst aber hat in Folge des neuen Verfahrens auch diese technische Bezeichnung aufgehört und sie findet sich darum auch nirgends in der neuen Prozeßordnung — mit Ausnahme des aus den früheren Prozeßordnungen wörtlich herübergenommenen §. 823, wo sie als ein unrichtiger Ausdruck erscheint; in der hier gegebenen Vorschrift auch dann ein Essentiale processus zu erblicken, wenn die Beschwerden bei dem Unterrichter bereits speciell angegeben waren, erscheint, bei aller Anerkennung der aus dem Buchstaben des Gesetzes entnommenen Gegengründe, mit dem Geiste des Gesetzes nicht wohl als vereinbar.

[4]) Hier wird die in §. 823 enthaltene singuläre Vorschrift der mit der Anmeldung der Appellation zu verbindenden speciellen Angabe der Beschwerde nur als eine Einschärfung der allgemeinen Vorschrift dargestellt, wonach gleichzeitig die Theile des Urtheils zu bezeichnen sind, gegen welche die Appellation gerichtet ist. Aus dieser letztern, in der älteren Prozeßordnung enthaltenen, und — wie anerkannt — in die neue Prozeßordnung nicht aufgenommenen Bestimmung kann wohl schon darum für die vorliegende Streitfrage nichts gefolgert werden. Auch erschiene es wohl als sehr eigenthümlich, eine Vorschrift, welche im Allgemeinen als überflüssig gestrichen worden ist, doch in einem speciellen Falle, wo es sich überdies nur um einzelne Theile des Vertheilungsbescheids handeln kann, wiederum besonders einzuschärfen. Gewiß hat der oberste Gerichtshof die specielle Angabe der Beschwerde richtiger mit der Aufstellung der Beschwerde identificirt.

66.

Verpflichtet das Ausschreiben einer Pfarrei mit dem Anfügen, daß auf dem Diensteinkommen eine Last ruhe, den sich meldenden Pfarrer, wenn die Last auch in die Verleihungsurkunde aufgenommen wird, unbedingt zur Zahlung für die Dauer seines Pfründgenusses?

Widerspricht es dem §. 20 der Verfassungsurkunde, eine Pfarrei zu Gunsten einer anderen schlecht dotirten mit einer Abgabe zu belasten, oder werden dadurch die Einkünfte der Pfründe „ihrem Zwecke“ im Sinne der Verfassungsurkunde nicht „entzogen?“

Die katholische Pfarrei Waibstadt ist sehr gut dotirt. Als der dort angestellte Pfarrer Baumann im Jahre 1839 starb, wurde die Pfarrei mit folgenden Worten ausgeschrieben:

Digitized by Google

„Durch das erfolgte Ableben des Pfarrers Baumann ist die kath. Pfarrei Waibstadt mit einem Jahresgehalt von 2200 fl. in Erledigung gekommen. Auf dieser Pfarrei ruht die Verbindlichkeit

a) einen Vicar zu halten,

b) **die bisherige Abgabe von 50 fl. jährlich an die kath. Pfarrei Wiesloch fort**zuentrichten,

c) (folgt eine andere Last.)

Die Bewerber um diese Pfründe haben sich bei dem kath. Oberkirchenrathe binnen 6 Wochen zu melden.“

Pfarrer Volz erhielt die Pfarrei, und als dieser im Jahr 1849 starb, erfolgte das Ausschreiben ganz mit denselben Worten, nur daß statt des Namens Baumann, der seinige aufgenommen wurde. Unter den Bewerbern befand sich Pfarrer Nüßle, welchem auch die Pfarrei verliehen worden ist.

In der von dem kath Oberkirchenrathe ausgefertigten Verleihungsurkunde findet sich auch die Stelle: — — „mit der Verbindlichkeit a) . . b) die bisherige Abgabe von 50 fl. jährlich an die kath. Pfarrei Wiesloch fortzuentrichten. c) . . .“

Im Jahre 1864 erhielt Nüßle die Pfarrei Fautenbach. In Folge hievon veranlaßte das erzbischöfliche Ordinariat den kath. Oberstiftungsrath zur Vortragerstattung über die Einkünfte der Pfarrei Waibstadt, um sie zur Bewerbung ausschreiben zu können. Das Controlbureau fertigte nun eine Zusammenstellung, worin auch der oben erwähnten Last zu Gunsten der Pfarrei Wiesloch gedacht, und in einem weiteren Berichte darüber gesagt ist: „Was diese Abgabe betrifft, so ist solche in die Fassion*) von 1838, 1845 und 1854 aufgenommen. Die Intercollarrechnung von 1854 und die Pfarrdienstakten von Wiesloch erwähnen derselben nicht.“

Der Oberstiftungsrath forderte nun Nüßle zur Erklärung auf, an wen er die 50 fl. jährlich bezahlt habe. Nüßle erwiderte: Diese 50 fl. seien an den greisen Pfarrer Kopp in Wiesloch zur Aufbesserung seines Einkommens bezahlt worden, aber mit dessen Tod im Jahre 1843 sei diese Abgabe erloschen. Kopp's Nachfolger, Pfarrer Brettle, habe diese Abgabe zwar ebenfalls angesprochen, sei aber abgewiesen worden.*) Der Oberstiftungsrath räumte zwar ein, daß die Abgabe von 50 fl. ursprünglich eine Personalzulage für Kopp gewesen sei, glaubte jedoch den Pfarrer Nüßle von der Nachzahlung nicht entbinden zu können, da einmal diese Abgabe in das Ausschreiben und die Präsentations-(Verleihungs-)Urkunde von 1849, sowie in die berichtigte Darstellung des Einkommens von 1854 aufgenommen worden sei. Da Pfarrer Nüßle sich zur Nachzahlung nur unter der Bedingung bereit erklärte, daß man ihm einen Erlaß des kath. Oberkirchenrathes nachweise, wornach die Pfarrei Wiesloch berechtigt erklärt worden sei, von der Pfarrei Waibstadt einen solchen Bezug zu erheben, so kam es zur Klage. Dieselbe wurde jedoch nur darauf gestützt, daß N. von Februar 1850 bis Juli 1864 Pfarrer in Waibstadt war, daß er diese Pfarrei in Folge seiner Meldung auf das die fragl. Last enthaltende Ausschreiben erhalten hat, und daß in die Verleihungsurkunde die Verbindlichkeit, jährlich 50 fl. an die Pfarrei Wiesloch zu bezahlen, ausdrücklich aufgenommen worden sei. Es ist übrigens in der Klage anerkannt, daß der kath. Oberstiftungsrath aus Versehen unterlassen habe, die Pfarrei Wiesloch von der Fortdauer der Belastung in Kenntniß zu setzen. Deßhalb habe, wie es scheine, von der Pfarrei Wiesloch eine Anforderung nicht stattgefunden. — Das Gesuch geht dahin, daß der Beklagte verurtheilt werde, für die letzten fünf Jahre je 50 fl. an die kath. Pfarrei Wiesloch zu zahlen. (Schluß folgt.)

---

*) Zur Erläuterung sei hier angeführt: Die Fassion von 1838 ist von der Revision des Ministeriums des Innern gefertigt. In den Jahren 1845 und 1854 wurden der Pfarrei Waibstadt lithographirte Tabellen zugesendet, worin sich auf einer der letzten Seiten die lithographirten Stellen finden:

„Auf dem Einkommen ruhen noch folgende Abgaben:

a) für einen Vicar,

b) jährliche Abgabe von,

auf die Dauer von.“

Die Pfarrer Volz und Nüßle füllten den leeren Raum hinter „a für einen Vicar“ aus, das Uebrige blieb leer, und es wurde von der Revision hinter „jährliche Abgabe von“ mit rother Dinte eingeschrieben: „Die Pfarrei Wiesloch 50 fl.“ und die Worte „auf die Dauer von“ ausgestrichen. Jeweils wurde nun von dem kath. Oberkirchenrath der Pfarrei Waibstadt (während Nüßle Pfarrer war, erst 4 Jahre später im Jahre 1858) ein Exemplar der Darstellung (Fassion) mit den Worten: „nachdem solche geprüft und berichtigt worden, zur Aufbewahrung“ übersendet, ohne der Einschaltung der fr. Abgabe in dem Rücksendungserlasse irgend zu gedenken.

*) Brettle erhielt zwar eine Aufbesserung, aber aus einem andern Fond.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 21.

(Schluß von Art. 66.)

Das Kreisgericht Baden wies den Kläger mit 100 fl. seiner Forderung ab, weil der Beklagte in den letzten zwei Jahren schon Pfarrer in Sautenbach war, verurtheilte aber den Beklagten zur Zahlung von 150 fl. Dagegen hat derselbe appellirt. Der Appellationssenat des Kreises Offenburg änderte das Urtheil erster Instanz dahin ab, daß Kläger mit seiner ganzen Klage abzuweisen sei, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Der Beklagte erachtet sich für beschwert, weil das großh. Kreisgericht Baden die Legitimation des klagenden Theils zur Sache als erbracht angenommen hat und die Einrede des Versehens im Ausschreiben und in der Verleihungsurkunde verworfen worden ist. In diesen Beziehungen ist die Beschwerde begründet. Das großh. Kreisgericht nahm zwar die Verpflichtung des Beklagten deßhalb thatsächlich und rechtlich als begründet an, weil der Beklagte, indem er auf das Ausschreiben der Pfarrei Waibstadt hin sich gemeldet und auf die Verleihungsurkunde vom 26. November 1849 hin die Pfarrei W. angetreten hat, „die persönliche Verbindlichkeit übernommen habe, vom Tage seines Eintritts in die Pfründe der Pfarrei Wiesloch jährlich 50 fl. zu zahlen.“

Allein hiebei ist vor Allem übersehen, daß das civilrechtliche Verhältniß, wie es bei Anstellungen im Civilstaatsdienst statt findet, in dem Kirchendienste in keiner Weise obwaltet. Der Pfarrer ist nicht kraft eines Anstellungsvertrages zu dem bestimmten in dem Ausschreiben der Pfründe dargestellten Einkommen, und zur Leistung der laut des Ausschreibens auf der Pfründe ruhenden Lasten persönlich verpflichtet, sondern er tritt durch die Verleihung in den Genuß der Pfründe mit allen ihren Rechten und Nutzungen, mit allen ihren Lasten und Verpflichtungen ein. Denn er ist der Nutznießer der durch eine Stiftung errichteten Pfründe. Erweißt sich die in dem Ausschreiben enthaltene Darstellung der Pfründe nach Einkommen oder Lasten als irrig, so kommt gleichwohl dem Pfarrer, der sich auf das Ausschreiben hin gemeldet und die Pfarrei erhalten hat, nur das zu, was die Pfründe erträgt, und er hat keinen Anspruch auf Ersatz, wenn sie weniger, und ist ebensowenig verpflichtet, Etwas herauszugeben, wenn die Pfründe mehr erträgt, als das Ausschreiben besagt, oder gar den Nutzen dem Verleiher zu vergüten, der ihm dadurch erwächst, daß eine in dem Ausschreiben verzeichnete Last sich als unbegründet oder gar nicht vorhanden erweist. In dem Ausschreiben nun, auf welches hin der Beklagte sich um die Pfarrei Waibstadt gemeldet, und auf das hin die Verleihung erfolgt ist, heißt es ausdrücklich:

„Auf dieser Pfarrei ruht die Verbindlichkeit:

a) ꝛc.

b) die bisherige Abgabe von 50 fl. jährlich an die kath. Pfarrei Wiesloch fortzuentrichten.“

Es ist daher diese Last nicht als eine persönliche des Pfarrers, sondern als eine auf der Pfründe selbst ruhende Last zu betrachten. Und hier erhebt sich allerdings die Frage, ob denn die Last mit Recht eine der Pfarrei Waibstadt auferlegte, oder die Auferlegung derselben als eine solche zu betrachten sei, welche, weil sie mit dem gemeinen deutschen Kirchenrechte, und unsern badischen Gesetzen im Widerspruche steht, wirkungslos erscheine. Daß einem Pfründgenusse zu einem bestimmten Zwecke, und für eine bestimmte Zeit eine Last von den kompetenten Behörden vorübergehend auferlegt werden kann, darüber besteht kein Zweifel. Dagegen ist es unzuläßig, eine Pfründe mit einer dauernden Last zu belegen (Walter, Kirchenrecht §. 257. 258) und selbst zu der Zeit, wo die Omnipotenz des Staates über die Kirche am höchsten stand, — zur Zeit der Erlassung des I. Constitutionsedicts vom 14. Mai 1807 konnte nach §. 9 desselben „nur nach Ermessen der Kirchengewalt mit Gutheißen des Regenten Kirchenvermögen zu anderen Zwecken, als denen es vorher gewidmet war, bestimmt werden.“ Und auch dieses ist nach dem §. 20 unserer Verfassungsurkunde nicht mehr möglich.

Denn die Pfründen dienen nicht, wie aus den Entscheidungsgründen zu dem unterrichterlichen Urtheile, wo es heißt:

Digitized by Google

„der §. 20 der Verfassungsurkunde steht hier nicht entgegen, wornach die Einkünfte der Stiftungen ihrem Zwecke nicht entzogen werden dürfen, da in dem vorliegenden Falle die Abgabe von 50 fl. zu den gleichen kirchlichen Zwecken verwendet werden sollen“ *),

entnommen werden könnte, allgemeinen kirchlichen Zwecken, sondern speziell nur einer bestimmten Pfarrei, für welche sie gestiftet ist, und wenn man dieser Pfarrei ihre Einkünfte ganz oder theilweise dauernd entzieht, so werden sie allerdings dem Zwecke entzogen, für den die Pfründe gestiftet worden ist.

Wie wenig aber im vorliegenden Falle davon gesprochen werden kann, daß es sich nur um eine vorübergehende persönliche Verbindlichkeit der Pfarrers Nüßle, die er für eine bestimmte Zeit, zu einem bestimmten Zwecke aus dem Einkommen der Pfründe zu erfüllen habe, handelt, zeigt sich am Sichersten daraus, daß Pfarrer Nüßle schon der dritte Pfarrer war, der die auf der Pfarrei Waibstadt ruhende Last entrichten sollte, und daß die drei Fassionen der Pfarrei Waibstadt von 1838. 1845 und 1854, auf welche sich klägerischer Seits berufen wurde, die Abgabe von 50 fl. jährlich an die Pfarrei Wiesloch ohne irgend einen Beisatz der Beschränkung auf eine bestimmte Zeit oder zu einem speziellen vorübergehenden Zwecke enthalten.

Insbesondere hatte man sich auf die Fassion von 1854 berufen, weil sie aus der Zeit stammt, da Nüßle Pfarrer in Waibstadt war, um daraus ein Anerkenntniß des Beklagten zu folgern. Es geht jedoch aus dieser Urkunde klar hervor (— wie dies auch bei den 2 vorhergehenden Fassionen der Fall ist —), daß nicht von dem Pfarrer selbst, oder dem Stiftungsvorstande das Vorhandensein dieser Last in die Urkunde aufgenommen worden ist, sondern von der Revision, beziehungsweise dem Controlbureau des großh. Ministeriums des Innern.

Ist nun, wie bisher gezeigt, Pfarrer Nüßle nicht persönlich verpflichtet, so ist noch zu untersuchen, ob denn überhaupt der Pfarrei Waibstadt die Last auferlegt worden ist, von der, wenn sie eine dauernde sein soll, so eben dargethan worden ist, daß sie mit dem Gesetze nicht im Einklang stehe. Hieraus wird sich dann sofort ergeben, ob

a) die bestrittene Activlegitimation vorhanden ist, oder nicht, und
b) ob die einredend vorgeschützte Behauptung des Beklagten, die Aufnahme der fr. Last in das Ausschreiben der Pfarrei, und die Verleihungsurkunde beruhe auf einem Versehen, begründet ist.

Zu a.:

Besteht die Last zu Gunsten der Pfarrei Wiesloch als eine dauernde Verbindlichkeit der Pfarrei Waibstadt, dann bildet sie eine Einnahmsquelle der ersteren Pfarrei. Sie gehört mit zu den Nutzungen der Pfründe, und es ist ausschließlich Sache des Pfründnießers, ob er sie beziehen, oder darauf verzichten will. Durch das Eine oder das Andere wird das Interesse der Pfarrei nicht berührt, weder sie, noch folgeweise der kath. Oberstiftungsrath sind berechtigt, wider den Willen des Berechtigten eine Einnahme zu verfolgen, auf welche der Letztere, insoferne es sich nicht um das Recht selbst handelt, ausdrücklich oder stillschweigend verzichten kann. Der kathol. Oberstiftungsrath verfolgt aber auch nicht zu Gunsten jenes Priesters, welcher zu der Zeit, da der Beklagte die Pfründe Waibstadt inne hatte, Pfarrer in Wiesloch war, die Zahlung der fraglichen Abgabe, sondern vielmehr zu Gunsten der Pfarrei, als ein Recht derselben, was ihr ausschließlich alleiu zustehe, und nicht in den Pfründgenuß des jeweiligen Pfarrers falle. Hier hat denn zur Nachweisung der Activlegitimation

---

*) Die betreffende Stelle der Entscheidungsgründe lautet vollständig: „Es ist zwar die Rechtmäßigkeit der fraglichen Belastung des Einkommens der Pfarrei Waibstadt überhaupt bestritten. Allein eine solche Belastung einer Pfründe zum Vortheil einer andern ist nach katholischem Kirchenrechte anerkanntermaaßen zuläßig (Richter §. 313) und steht dem auch der §. 20 der Verfaßungsurkunde, wornach die Einkünfte der Stiftungen ihrem Zweck nicht entzogen werden dürfen, nicht entgegen, da in dem vorliegenden Falle die Abgabe von 50 fl. zu den gleichen kirchlichen Zwecken verwendet wurden. Eine derartige Belastung von Pfründen ist auch allgemein üblich, und geht namentlich auch aus dem von dem beklagten Anwalte vorgelegten Anzeigeblatt für die Erzdiöcese Freiburg hervor, daß die gleiche Pfarrei Waibstadt ausgeschrieben wurde mit der Verbindlichkeit, eine jähliche Abgabe von 100 fl. an eine kirchliche Kaffe zu leisten.“ Zu Letzterem ist jedoch zu bemerken, daß nach vorgängiger Communication des erzbischöflichen Ordinariats mit der Regierung der Großherzog genehmigte, „daß dem künftigen Pfründnießer der dem Patronate Sr. Königl. Hoheit des Großherzogs unterliegenden kathol. Pfarrei Waibstadt eine Abgabe von jährlich 100 fl. zu Gunsten der allgem. kathol. Kirchenkaße zum Zweck der Aufbesserung unzureichend dotirter Pfründen auf die Dauer von 10 Jahren auferlegt wurde, vorbehaltlich des Widerrufs, wenn die Pfründe früher in Erledigung kommen sollte.“ Das Ausschreiben erfolgte auch nur mit der Belastung auf die Dauer von 10 Jahren. D. E.

Digitized by Google

nach §. 247 der Pr.O. Kläger diejenigen „Thatsachen, aus welchen er seine Ansprüche ableitet, bestimmt, vollständig und deutlich anzuführen." Darüber nun, wie diese Last entstanden, und durch welchen Rechtstitel sie der Pfarrei Waibstadt auferlegt worden ist, schweigt die Klage vollständig. Und da nach dem, was oben gesagt worden, ein Pfarrer nur dann verpflichtet ist, Lasten zu tragen, wenn sie wirklich auf der Pfründe ruhen, so hat der Beklagte das Recht, die Existenz einer solchen Last zu bestreiten, insoweit Verbindlichkeiten gegen ihn daraus abgeleitet werden. Es hat daher auch die Pfarrei Wiesloch die Thatsachen anzuführen, aus welchen sie ihre Ansprüche an die Pfarrei Waibstadt ableitet. Dieser Anforderung des Gesetzes kam sie nicht in der Klage, sondern erst später, und nur durch die Behauptung nach:

„Die Abgabe hatte die Bestimmung den Grundstock der Pfarrei Wiesloch zu erhöhen, somit eine ständige Besserstellung der Pfarrei Wiesloch herbeizuführen."

Durch diese Anführung ist zwar vollständig dargethan, daß der katholische Oberstiftungsrath zum Prozesse, und Namens der Pfarrei Wiesloch zur Sache legitimirt ist, da es sich um das Grundstockvermögen der Pfarrei W. handelt; aber den Anforderungen der Prozeßordnung ist dadurch nicht genügt, und zwar um so weniger, als der katholische Oberstiftungsrath die Behauptung des Beklagten:

„daß im Jahre 1836 dem greisen Pfarrer Kopp in Wiesloch, welcher seine Pfründe mit einer besseren Pfarrei nicht habe umtauschen wollen, jährlich 50 fl. als eine Personalzulage aus den Einkünften der Pfarrei Waibstadt zugewiesen worden seien; daß aber nach dem im Jahre 1843 erfolgten Tode des Pfarrers Kopp diese Abgabe nicht mehr bezahlt, noch angefordert worden sei",

dahin zugegeben hat, daß diese 50 fl. ursprünglich eine Personalzulage des Pfarrers Kopp war, und längere Zeit nach dessen Tod nicht bezahlt, noch angefordert worden ist. Es hat indessen der Kläger keinen Beschluß irgend einer Behörde anzugeben gewußt, wodurch diese zu Gunsten des greisen Pfarrers Kopp creirte Personalzulage (— die als eine vorübergehende Last zu einem bestimmten Zwecke vollständig zuläßig war —) in eine der Pfarrei Waibstadt zu Gunsten der Pfarrei Wiesloch behufs besserer Dotirung der Letzteren auferlegte Last umgeschaffen worden wäre. Nach den vorliegenden, von dem Kläger selbst angerufenen Acten des großh. Ministeriums des Innern, welche darüber Aufschluß geben müßten, existirt ein solcher Beschluß gar nicht. Es hat daher Kläger den erhobenen Rechtsanspruch thatsächlich gar nicht begründet, und schon aus diesem Grunde mußte er abgewiesen werden. Ebenso ergibt sich aber auch

zu b.:

daß die Behauptung des Beklagten, es beruhe die Aufnahme der Last in das 1849 erfolgte Ausschreiben der Pfarrei, und in die Verleihungsurkunde auf einem Versehen, vollständig richtig ist.

Als nämlich im Jahre 1838 Pfarrer Baumann in Waibstadt, dem die Abgabe von jährlich 50 fl. zu Gunsten des Pfarrers Kopp auferlegt worden ist, starb, so lebte Kopp noch. Es erfolgte nun das Ausschreiben:

„Auf dieser Pfarrei ruht die Verbindlichkeit
a) 2c.
b) die bisherige Abgabe von 50 fl. jährlich an die katholische Pfarrei Wiesloch fortzuentrichten."

Dies hatte einen vollständigen richtigen Sinn, denn die bestehende (bisherige) Abgabe sollte fortentrichtet werden. Als aber im Jahre 1843 Pfarrer Kopp starb, so hörte damit auch die Personalzulage selbstverständlich auf. Sollte die Pfarrei Waibstadt aus ihrem Pfründeeinkommen wiederum 50 fl. abgeben, so mußte ein neuer Titel dies bewirken, und die Abgabe war alsdann nicht mehr die bisherige, sondern eine andere. Eine solche neue Abgabe wurde aber zwischen den Jahren 1843 bis 1849, da auf den Tod des Pfarrers Volz in Waibstadt das Ausschreiben erfolgte, welches der Klage zu Grunde gelegt worden ist, nicht geschaffen. Volz zahlte seit 1843 nicht mehr und eine Anforderung wurde an ihn nicht gemacht. Gleichwohl erfolgte das Ausschreiben im Jahr 1849 ganz mit denselben Worten, wie im Jahr 1838, und nun haben die Ausdrücke **bisherige** Abgabe und **Fort**entrichten gar keinen Sinn mehr, da die frühere Abgabe mit ihrem Zwecke erloschen und eine neue nicht creirt worden war. Hieraus erhellt ganz klar, daß in das neue Ausschreiben und die Verleihungsurkunde die fragliche Last nur durch ein Versehen der Concipienten aufgenommen und dies Versehen von den betreffenden Beamten bei der Revision nicht bemerkt worden ist.

Ottendorff.

Digitized by Google

67.
Superflua nocent.
(Zum §. 250 d. Str.P.O.)

Nur im Vertrauen auf die Milde unserer Praktiker, welche bekanntlich ein gegentheiliges Sprichwort im Munde führen und „Superflua non nocent“ zu sagen pflegen, sei es gewagt, die Literatur unserer Str.P.O. mit einer Abhandlung zu dem §. 250 derselben zu vermehren. Die specielle Literatur dieses §. dürfte indessen noch nicht so hoch angeschwollen sein, um uns nicht einen kleinen Raum übrig zu lassen; gestatten Sie darum immerhin einen solchen, denn es ist vielleicht nicht ganz unverdienstlich, wenn man gegen eine „Praxis“ auftreten will, die unsere Rechtsprechung geradezu — verunziert. Das ist ein starkes Wort und das Gefühl der Verantwortlichkeit lastet schwer auf den Schultern. Suchen wir uns derselben zu entladen und sehen wir zunächst zu diesem Behufe, zugleich auch um einen etwaigen Leser des Nachschlagens zu entheben, unsern §. näher an. Derselbe besagt, übereinstimmend mit dem §. 107 des Ges. vom 5. Feb. 1851, was ein verurtheilendes Erkenntniß aussprechen solle; es soll aussprechen, welches Verbrechen der Angeklagte verübt habe, welche erschwerende oder mildernde Umstände vorliegen, und welche Strafe erkannt werde. Wir haben es also hier mit der sog. inneren Form der Strafurtheile zu thun, worüber das Gesetz Vorschriften gibt, — Vorschriften, die ihren vollkommen guten Grund haben, denen jedoch eine eingewurzelte Uebung unserer Gerichtspraxis entgegensteht. Wir nehmen es mit dieser inneren Form etwas leicht, ja unsere Praxis geht dabei oft geradezu anstößig zu Werke. Auffallend ungleichförmig ist nämlich die Art und Weise, wie man die verschiedenen Verbrechen, deren unsere Angeklagten für schuldig erkannt werden, in unseren Urtheilen zu bezeichnen pflegt. Wir haben den §. 250 der Str.P.O. angesehen, und wollen nun auch zusehen, wie man ihn anwendet. Zum Glück brauchen wir für unseren Zweck nicht die ganze Klaviatur der Titel des Strafgesetzbuchs durchzugehen: wir brauchen nur diejenigen Tasten anzuschlagen, die ausweislich der Criminalstatistik auch in unseren Richtersprüchen weitaus am meisten berührt werden, als da sind Diebstahl, Körperverletzung, Ehrenkränkung. Man schlage auf's Gerathewohl in dem allgem. Anzeigeblatt oder in dem Inseratenviertel der Zeitung der Residenz nach, und man wird da die Veröffentlichung eines Urtheiles finden, wonach der Angeklagte Titius Maier der Körperverletzung des Sempronius Müller für schuldig erkannt und zu so und so viel Wochen Gefängniß verurtheilt worden sei. Wir sind mit dem Wortlaut dieser Veröffentlichung völlig einverstanden. Unmittelbar unten daran steht ein Fahndungsausschreiben gegen den des Diebstahls verdächtigen Gajus Schmidt, und mit Sorgfalt hat der Untersuchungsrichter nicht nur den Verdächtigen vom Wirbel bis zur Zehe signalisirt, sondern auch mit gutem Fug die mit dem Thäter beizubringenden gestohlenen silbernen Löffel, goldenen Uhren, weißbaumwollenen Strümpfe und silberbeschlagenen Meerschaumpfeifen aufgezählt und des Breiteren beschrieben. Den Fall weiter verfolgend, finden wir einige Wochen später eine öffentliche Vorladung nach §. 346 d. Str.P.O. an den Gajus Schmidt, worin dessen Verbrechen, nach Vorschrift dieses §., „kurz“ als Diebstahl bezeichnet ist. Wenn wir dann wiederum später in unserer Zeitung lesen, daß jetzt der Verweisungsbeschluß dem Gajus Schmidt verkündet wird, so kommt uns der gerechte Zweifel an der Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Insertionskosten für die nochmalige, durch alle Rubriken laufenden Herzählung der Corpora delicti. Was soll man aber dazu sagen, wenn man endlich liest, wie in dem Urtheilsspruch all' die von dem Delinquenten zusammengestohlenen Sachen abermals mit peinlicher Sorgfalt und ängstlicher Angabe der Schätzung, jedes in seiner Art, zusammengestellt sind, — wenn neben den entwendeten dreihundert Gulden auch noch das blauleinene Geldsäckchen im Werthe von 12 kr. einen unbescheidenen Raum anspricht, wenn da die Hemden und Hosen, die Jacken und Socken wie auf einem Waschzettel oder am Seile neben einander aufgereiht sind, wenn die Meerschaumpfeife sammt Beschläg mit einer gewissen Behaglichkeit und Vorliebe hier, im Urtheil, nochmals beschrieben und neben der goldenen Ankeruhr im Werthe von zehn Louisd'ors auch der allerdings unentbehrliche, auf 30 kr. geschätzte, Uhrschlüssel gewissenhaft nicht vergessen wird — natürlich wenn er mitgestohlen worden war! — Was man dazu sagen soll? Ei, der eigentliche Rechts-„Gelehrte,“ der düstere Theoretiker, der vielleicht seit Jahren den noch immer nicht ergründeten Schacht der strafrechtlichen Theorien befahren hat, oder der schon eine Reise um die Welt — der vergleichenden Jurisprudenz gemacht hat, er wird uns finster ansehen und im Gegentheil uns fragen, was man dazu sagen solle, daß wir mit solchem Quark und Parvel zu

Digitized by Google

kommen uns unterstehen könnten? Aber wir läugnen ihm frech ins Gesicht die Anwendbarkeit dieser Begriffe auf den Gegenstand unserer Betrachtung, und wenn auch das „minima non curat praetor," sammt seiner kernigen deutschen Uebersetzung in gewissem Sinne noch heute Geltung haben mag, so achten wir es doch für nichts weniger als eine Geringfügigkeit, den grünen Baum der Praxis von einem jener dürren Aeste säubern zu wollen, die mit dem keineswegs spezifisch juridischen Gattungsbegriffe des „Schlendrians" bezeichnet werden. Wir behaupten auf dem Felde der Besprechung der Rechtsprechung auch für das Kleinste ein Vorzugsrecht des Praktischen vor dem Theoretischen, und verlangen hier die Locirung in erster Klasse, wenn es gilt, eine Forderung an die Praxis und an die Praktiker zu liquidiren. Allein auch hier kommen wir an den Unrechten: sogar der gemüthlichere Praktiker runzelt die furchengewohnte Stirne; er ist zwar besser daran gewohnt, als der Theoretiker, die Leute anzuhören, und er hat uns bis dahin auch angehört, aber jetzt legt er das Blatt weg und nimmt seinen Aktenfaszikel wieder vor, um die kostbare Zeit nicht zu vergeuden. Er gibt uns zwar Recht, daß es eigentlich unnöthig sei, im Urtheilsspruch die sämmtlichen entwendeten Siebensachen zu beschreiben; es hat ihn der Gedanke bestochen, daß man dabei eigentlich manche Viertelstunde Zeit und manche Feder voll Dinte sparen könnte, indessen — man ist es so gewöhnt, man hat es so gelernt und immer so gemacht und Andere machen es auch so, und — im Uebrigen: superflua non nocent. Wir gestehen, die lex Digestorum oder die Glosse nicht zu kennen, aus der man diese prächtige Maxime ableitet, und haben auch in dem titulus De Diversis Regulis Juris nicht danach suchen mögen. Gleichviel, wenn ein ruhiges Gewissen bekanntlich das „beste Ruhekissen" für Jedermann ist, so ist das zweitbeste für den Praktiker das Sprüchwort Superflua non nocent. Freilich, man stirbt selten an einem Superfluum, weder im Essen noch im Trinken, noch weniger im Reden und Schreiben; und wenn man mit der Zeit nicht zu geizen braucht, in welcher man etwas Ueberflüssiges sagt oder schreibt, so erspart man sich dagegen die Mühe des Ueberlegens, was wohl das einzig Richtige und darum Sagens- und Schreibenswerthe sei. Aehnlich kann auch, wer mit der Stange im Nebel herumfährt, ein Ziel treffen, nur muß er eben viele Stöße thun. Indessen wir lassen ihn auf dem Ruhekissen nicht schlafen! Wenn es nöthig ist, oder wenigstens nicht schädlich, zu sagen: „Titius Müller sei der Entwendung eines leinenen Hemdes und blaubaumwollenen Wammses zum Nachtheil des Sempronius Maier, und damit eines Diebstahls für schuldig zu erklären," — warum sagen wir nicht auch: „Gajus Schmidt sei der Zufügung eines Rippenbruches und zweier Hautschärfungen zum Nachtheil des Aulus Müller und damit der Körperverletzung," oder: „der Austheilung einer Ohrfeige und dreier Schimpfwörter zum Nachtheil des Aumesus Schreier, und damit einer Ehrenkränkung für schuldig zu erklären?" Man könnte darüber streiten wollen, was man denn in Gemäßheit des §. 250 Ziff. 1 im Strafurtheil zu benennen habe, wenn man übersieht, daß es hier heißt, es solle das Verbrechen —, und nicht: es solle die That des Angeklagten angegeben werden. Die That ist die Hautschärfung, die Entwendung, die Beschimpfung; das Verbrechen ist die Körperverletzung, der Diebstahl, die Ehrenkränkung, mit anderen Worten: der technische Begriff dessen, was der Angeklagte gethan hat, und nur dieser Begriff soll im Urtheil ausgedrückt werden, alles Andere, mit Ausnahme der erschwerenden und mildernden Umstände findet seinen angemessenen Platz in den Entscheidungsgründen. Uns kommt das zweifellos vor, aber man mag darüber streiten! Die Hauptsache war uns, auf die Ungleichförmigkeit der Behandlungsweise hinzudeuten, die man in unserer Praxis antrifft. Und fragen wir nach der Ursache dieser Erscheinung, so werden wir nicht fehlgehen mit der Annahme, daß uns Allen die Dinge, die bei einer Entwendung ins Spiel kommen, daß uns die Fahrnisse durch alle Rubriken, die unsere Diebe stehlen, näher liegen und mehr gang und gäbe sind, als dasjenige, was bei einer Körperverletzung mit unterläuft, diese Blutunterlaufungen, Abschärfungen, Haut- und Muskeltrennungen, Quetschungen und Knochenbrüche, ein noli me tangere schon seit unserem schwach besuchten Colleg über juristische Medizin. Gleichwohl ist es verwunderlich, daß man, wenn man das Eine läßt, doch das Andere thut. Aber wenn wir im Urtheilsspruch das gestohlene blaue Wamms erwähnen, so müssen wir auch dem geschlagenen blauen Auge diesen Ehrenplatz einräumen: wir können nicht anders, wollen wir nicht des Ruhmes einer gleichförmig richtigen Ausdrucksweise verlustig geben, und ein Strafurtheil ist kein so geringfügig Ding, um dafür eine solche Ausdrucksweise nicht verlangen zu dürfen. Der Verlust jenes Ruhmes ist das lucrum cessans, das uns

Digitized by Google

mit unserem „Superflua non nocent" entgeht, wenn auch ein damnum emergens uns nicht droht, — so lange nicht die Aufsichtsbehörde die unnöthigen Insertionskosten bei Urtheilsverkündungen uns aufbürdet, was uns vielleicht bewegen würde, auch die Sprüche selber ihres überflüssigen Ballastes zu entleeren, und uns strenger nach der Vorschrift des §. 250 der Str.P.O. zu richten, für die wir nicht blos den schon erwähnten §. 107 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, sondern sogar den Artickul 191 der C. C. C. anführen können, wo es heißt: „da soll der Gerichtsschreiber inn formulirung der urtheyl die übelthatt kürtzlich melden."

Eisen.

68.

Die Vollstreckbarkeitserklärung von Urtheilen königl. bayerischer Gerichte geschieht durch die Appellationssenate.

Das königl. bayerische Handelsgericht München l. d. Isar hatte sich an das Kreisgericht Baden gewendet mit dem Ersuchen, die J.-S. Julius Rapp in München gegen Graf Oberndorf von München, dermalen in Baden, erkannte Vollstreckung gegen den Beklagten zu vollziehen.

Das Kreisgericht Baden hielt sich für unzuständig, weil im Centralverordnungsblatt vom Jahre 1866, No. VII., das Generale vom 26. Mai 1826 ohne Rücksicht auf die neue Gerichtsverfassung republizirt worden ist, und legte daher die Akten dem Appellationssenate Offenburg zur Entscheidung vor, welcher am 30. Juni v. J. folgendes Erkenntniß erließ:

In Erwägung, daß das großh. bad. Justizministerium, wenn auch die großh. Regierung keinen förmlichen Staatsvertrag mit Bayern über die Vollstreckbarkeit dortseitiger Urtheile abgeschlossen hat, doch durch Erlaß vom 26. Mai 1826 an die damals bestehenden Hofgerichte und neuerlich das großh. Justizministerium durch Erlaß vom 28. März 1866, verkündet im Centralverordnungsblatt No. VII., angeordnet hat, daß die königl. bayerische Verordnung vom 2. Juni 1811, die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betreffend, im Wege der Gegenseitigkeit einzuhalten sei;

Nach Ansicht des §. 846 der Pr.O.;

in Erwägung, daß hinreichend erwiesen ist, daß die bayerischen Gerichte die Urtheile badischer Gerichte auf Ansuchen nach Maaßgabe der erwähnten Verordnung vom 2. Juni 1811 vollziehen;

in Erwägung, daß das königl. bayerische Handelsgericht in München l. d. Isar anher das Gesuch gestellt hat, 2 Erkenntnisse, nämlich das vom 22. Januar und vom 27. April d. J. in rubrizirter Streitsache zu vollziehen, in welcher sowohl der Kläger, als der Beklagte, königl. bayerische Unterthanen sind, und der Letztere sich dermalen in Baden aufhält;

in Erwägung, daß die vorliegenden Erkenntnisse einer Anerkennung durch den Beklagten nicht bedürfen, da sie von der requirirenden Behörde selbst anher vorgelegt worden sind, ein Zweifel an ihrer Aechtheit daher nicht existiren kann;

in Erwägung, daß daher die Verpflichtung, die Vollziehung dieser Erkenntnisse von hier aus anzuordnen, auf den Grund des §. 846 der Pr.O. und der mehrfach erwähnten königl. bayerischen Verordnung vom 2. Juni 1811 einem Bedenken nicht unterliegen kann;

in Erwägung, daß das Erkenntniß vom 22. Januar l. J. nur eine Vorbereitungshandlung für die Vollstreckung selbst anordnet, diese Letztere aber durch das Erkenntniß vom 27. April ausgesprochen worden ist, daher nur diese Letztere zum Vollzug zu kommen hat;

in Erwägung, daß der Beklagte durch seinen Anwalt in einer vorbereitenden Schrift zwar vorgetragen hat, daß gerade nach dem §. 2 der erwähnten Verordnung die Vollstreckung hierlands nicht vollzogen werden könne, da badische Gläubiger, deren 5 mit sehr namhaften Forderungen genannt werden, vorhanden seien;

in Erwägung, daß dies Vorbringen, ganz abgesehen davon, daß es sich hier um den Vollzug eines von einer bayerischen Behörde auf Klage eines bayerischen Staatsangehörigen, gegen einen bayerischen Staatsangehörigen erlassenen Urtheils handelt, keinerlei Berücksichtigung finden kann, da der Anwalt des Beklagten in der heutigen Sitzung nicht erschienen ist, und seine Einrede nicht mündlich vorgetragen hat, §. 992. 996 der Pr.O., da ferner dieser Einwand, wie es im Vollstreckungsverfahren sein müßte, nicht einmal bescheinigt ist, und da endlich den badischen Gläubigern des Beklagten auch gar kein Nachtheil zugeht, da sie im Wege des Einspruchsverfahrens nach §. 967 der Pr.O. ihre Rechte geltend machen können, und es ihre Sache ist, dies zu thun.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169. 170 der Pr.O. wurde erkannt:

Digitized by Google

„„Es habe das Amtsgericht Baden die Vollstreckungsverfügung des königl. bayerischen Handelsgerichts München l. d. Isar vom 27. April d. J. nach den Vorschriften der badischen Prozeßordnung zu vollziehen und Beklagter die Kosten des Verfahrens zu tragen.““

Dr. Puchelt.

69.

Strafverfolgung und Erkennung der in §. 883 und 904 der bürgerlichen Prozeßordnung gedrohten Strafen.

In Bezug auf die Strafverfolgung und die Erkennung der in §. 883 und 904 der neuen Civilprozeßordnung gedrohten Strafen sind Zweifel darüber entstanden, ob diese Strafen von dem bürgerlichen Richter oder von dem Strafrichter zu erkennen sind, ob somit gegen ein solches Straferkenntniß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach §. 1157 der bürgerl. Pr.O. oder das Rechtsmittel des Rekurses stattfindet und ob folgeweise die gerichtliche Verfolgung jener Uebertretungen von dem Antrag der Staatsanwaltschaft abhängt oder nicht. Von den Gerichten wird bald nach der einen bald nach der anderen Ansicht erkannt.

Schon unter der Herrschaft der Civilprozeßordnung von 1851 ist die Frage controvers geworden, ob die Erkennung der in §. 955 und 976 gedrohten Strafen von dem Civilrichter oder Strafrichter zu geschehen hat und ob gegen ein solches Straferkenntniß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung oder jenes des Rekurses stattfindet. Zu dieser Streitfrage hat hauptsächlich die Fassung des §. 1199 der Pr.O. von 1851 Veranlassung gegeben, weil daselbst in Ziff. 5, bei dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung nur der Verweise und Geldstrafen und nicht auch der Gefängnißstrafen Erwähnung gethan war. In den Annalen Jahrgang XXVII. S. 171—173 hat aber E. Brauer mit guten Gründen nachgewiesen, daß die Erkennung jener Strafen nicht dem Strafrichter, sondern dem Civilrichter vermöge der ihm zur Handhabung der Ordnung im bürgerlichen Prozeßverfahren überhaupt eingeräumten Strafgewalt zusteht, daß somit gegen ein solches Straferkenntniß nicht der Rekurs, sondern die Beschwerdeführung Platz greift.

Daß dieses jetzt Rechtens ist, kann nach der neuen Civilprozeßordnung nicht mehr dem geringsten Zweifel unterliegen, nachdem, gerade um jene Streitfrage abzuschneiden, der dem §. 1199 der alten Pr.O. entsprechende §. 1157 in Ziff. 6 eine andere Fassung erhalten hat nämlich statt „Geldstrafen“ gesagt worden ist „andere Strafen,“ worunter selbstverständlich auch die nach der Civilprozeßordnung zu erkennenden Gefängnißstrafen begriffen sind, so daß also gegen derartige Straferkenntnisse des Civilrichters jetzt unstreitig die Beschwerdeführung an das Obergericht statt findet.

Zwar ist weder in den Motiven der großh. Regierung noch in den Commissionsberichten der beiden Kammern zum Entwurf der neuen Civilprozeßordnung die abgeänderte Fassung näher begründet. Allein in dem vom Hofgericht des Seekreises an großh. Justizministerium am 15. September 1862 erstatteten Gutachten über den Entwurf eines Gesetzes, die Ergänzung und Abänderung der bürgerlichen Prozeßordnung betreffend, ist gesagt: „Es ist eine Streitfrage, ob der Schuldner, der sich durch ein Straferkenntniß nach §. 955 und 976 der Pr.O. beschwert erachtet, hingegen das Rechtsmittel des Rekurses oder der Beschwerdeführung zu ergreifen hat. In einem Falle (Annalen XXVII. S. 121) wurde der Rekurs für zulässig erachtet, während nach §. 1 des Rekursgesetzes vom 3. August 1837 und §. 110 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 der Rekurs nur in gerichtlichen Strafsachen stattfindet, es sich hier aber um eine bürgerliche Strafsache handelt. Durch Einschaltung des Wortes „Gefängnißstrafe“ in §. 1199 Ziff. 5, wäre die Streitfrage in zweckmäßiger Weise erledigt.“ In Gemäßheit dessen hat der §. 1157 Ziff. 6 der neuen bürgerlichen Pr.O. eine andere allgemeiner lautende Fassung erhalten, wornach die Beschwerdeführung gegen alle nach der Civilprozeßordnung zu erkennenden Strafen, also auch gegen Gefängnißstrafen stattfindet. Findet aber gegen solche Strafen das Rechtsmittel der Beschwerdeführung und nicht jenes des Rekurses statt, so folgt daraus von selbst, daß die Erkennung dieser Strafen nicht dem Strafrichter, sondern dem Civilrichter zusteht.

Für die gegentheilige Ansicht beruft man sich vergebens auf Beil. I. Ziff. 28 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Denn hiernach sind die in §. 5 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 aufgeführten Vergehen, worunter sich auch bei Ziff. 7, die in der bürger-

Digitized by Google

lichen Prozeßordnung mit Strafe bedrohten Uebertretungen befinden, nur insofern den Amtsgerichten in ihrer Eigenschaft als Strafgerichte zugewiesen, als durch die besonderen Gesetze das Erkenntniß nicht ausdrücklich einem anderen Gerichte zugewiesen ist. Nun ist die Erkennung der in §. 883 und 904 gedrohten Strafen, wie gezeigt, durch die Civilprozeßordnung ausdrücklich dem bürgerlichen Richter zugewiesen, wie denn überhaupt im Landrecht und in der bürgerlichen Prozeßordnung vielfach Strafen und selbst Gefängnißstrafen vorkommen, welche unbestrittenermaaßen nicht vom Strafrichter, sondern vom Civilrichter zu erkennen sind und wogegen nicht der Rekurs an das Kreisgericht (Rekurskammer), sondern die Beschwerdeführung an das Obergericht (Appellationssenat, vergl. §. 24 des Gerichtsverfassungsgesetzes) statt findet, vrgl. L.R.S 2202. 2203 der bürgerl. Pr.O., §. 159. 249—251. 338. 474. 595. 633. 665 Ziff. 4. 834. 875. Gehört aber die Erkennung dieser Strafen vor den Civilrichter, so folgt daraus wieder von selbst, daß die Strafverfolgung solcher Uebertretungen nicht von einem Antrag der Staatsanwaltschaft abhängt, daß somit die Staatsanwaltschaft hiebei gar nicht mitzuwirken hat. Denn die Vorschriften der Strafprozeßordnung, also auch jene in §. 2 und 59 finden nur auf die strafgerichtliche Verfolgung vor dem Strafrichter Anwendung. Und der §. 42 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt, daß die Berufsthätigkeit der Staatsanwälte sich nur auf Strafsachen und auf solche Rechtsstreitigkeiten erstreckt, welche die Ungültigkeit oder Trennung einer Ehe zum Gegenstande haben. Vergl. bürgerl. Pr.O. §. 1038. 1047. 1050. 1052.

Haager.

70.

Impotenz, auch wenn sie vor dem Eheabschluß vorhanden und dem andern Ehegatten unbekannt war, ist weder Grund zur Nichtigkeit noch zur Scheidung der Ehe.

Die Ehefrau Bogner hatte auf Grund der vor der Ehe vorhandenen und ihr unbekannten, absoluten Impotenz ihres Ehemannes bei dem erzbischöflichen Ordinariate in Freiburg die kirchliche Nichtigkeitserklärung ihrer Ehe erlangt und wendete sich dann ebendeßhalb mit einer Nichtigkeits- und Scheidungsklage an das großh. Kreisgericht Baden, welches jedoch durch Urtheil vom 27. März 1866 die Klägerin abwies. Die gegen dies Urtheil angezeigte Berufung wurde nicht ausgeführt.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin verlangt in erster Reihe, daß die am 25. Januar 1864 zwischen ihr und dem Beklagten abgeschlossene Ehe wegen der aus Schwäche der Geschlechtsorgane fließenden Impotenz des Letzteren für ungültig erklärt werde.

Dieses Begehren findet jedoch in den allein hier maaßgebenden Bestimmungen des Landrechts keine Begründung.

Dieses Gesetz hat unter den zum gültigen Abschluß einer Ehe erforderlichen Eigenschaften und Bedingungen die Fähigkeit, den Beischlaf auszuüben, nicht aufgeführt und damit, dem Code Napoléon, der Quelle des bad. Landrechts, folgend, die früher gültigen, abweichenden Vorschriften des kanonischen Rechts verlassen. Es folgt dies schon aus dem Schweigen des Gesetzes und nicht minder aus den Berathungen des Code im französischen Staatsrathe, in welchem mehrfach anerkannt ist, daß die Impotenz wegen der Schwierigkeit und*) Anstößigkeit des Beweises zur Anfechtung einer Ehe nicht mehr zugelassen werde.

Vrgl. Locré législ. V. S. 85, VI. S 35.

Diese Aenderung der Gesetzgebung entspricht auch der geläuterten Auffassung der Ehe als eines sittlichen und rechtlichen Instituts. Haben in der Ehe die geschlechtlichen Beziehungen den Charakter der Dauer und Ausschließlichkeit erlangt, und damit sich zu einer das sittliche Wesen der Ehe aussprechenden Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse erweitert und erhoben, so kann ihnen kraft der über die geschlechtliche Seite weit hinausgehenden Bedeutung und Tendenz der Ehe auch hinsichtlich der Eingehung und des Fortbestandes dieses Rechtsverhältnisses nicht mehr der überwiegende Einfluß zukommen, welchen ihnen auf diesem Gebiete die mittelalterliche Rechtsanschauung auch in anderer Hinsicht zuerkannt hat. (Schluß folgt.)

*) Die nach den Akten des Ordinariats angestellten Verhöre und ärztlichen Versuche bezüglich der Impotenz des Beklagten liefern den besten Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 22.

(Schluß von Art. 70.)

Die Impotenz an sich ist hiernach, wie auch in der Rechtswissenschaft anerkannt wird, zur Begründung einer Ehenichtigkeit nicht geeignet.

Vrgl. Demolombe III. No. 12, Marcadé I. No. 567, Toullier I. No. 525, Aubry u. Rau IV. S. 90.

Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß wenigstens die schon vor dem Eheabschluß vorhandene Impotenz des einen Gatten dem andern hiermit unbekannten Ehetheile auf Grund dieses Irrthums ein Recht zur Anfechtung der Ehe gewähre.

Das Landrecht enthält in dieser Hinsicht nur den allgemeinen Ausspruch in L.R.S. 146, daß ohne Einwilligung beider Ehegatten keine Heirath bestehe. Der Irrthum kann also nur, insofern er die Einwilligung ausschließt und den Mangel einer bestimmten, nach dem rechtlichen Begriffe der Ehe wesentlichen Willensrichtung enthält, von Einfluß sein. Da aber zum Abschlusse einer Ehe jedes Rechtssubjekt als solches, abgesehen von allen individuellen Eigenschaften berechtigt ist, und das Wesen der Ehe nicht in einzelnen von bestimmten Befähigungen bedingten Leistungen, sondern in der Hingabe der ganzen Persönlichkeit zur vollkommenen Lebensvereinigung besteht, so können irrige Ansichten über Eigenschaften des Gatten nur als Motive des Eheabschlusses erscheinen, den auf Verehelichung mit dieser Person gerichteten Willensakt aber nicht beeinträchtigen, und am wenigsten dann in Betracht kommen, wenn sie physische Eigenschaften betreffen, welche das Gesetz, wie schon bemerkt, zum Bestand der Ehe nicht erfordert. Hiermit stimmen die Vorarbeiten zu Art. 146 (vrgl. Locré I. S. 312. 326. 362. 437. 510) und die Vorschrift des L.R.S. 180 überein, welcher, indem er bei einem Mangel der freien Einwilligung eine Nullitätsklage einräumt, nur von Irrthum in der Person, also nicht von Eigenschaften der Person handelt. Wenn aber dem formellen Wortlaut entgegen einzelne Rechtslehrer*) (Marcadé III. zu Art. 180, Demolombe III. No. 253) gerade aus L.R.S. 180 eine Nullitätsklage wegen Irrthums über Eigenschaften ableiten wollen, weil bei Irrthum über die Identität gar keine Klage nöthig falle, so ist eben diese Voraussetzung eine durchaus irrige, da der Irrthum nicht einmal vermögensrechtliche Verträge, geschweige denn die Ehe, schon kraft Gesetzes ungültig macht. L.R.S. 1117.

Vrgl. Zachariä III. §. 463 Note 3, Toullier I. 519, Aubry et Rau §. 462. 7.

Endlich kommt aber, wenigstens bei der aus Schwäche der Organe fließenden Impotenz noch die Bestimmung des L.R.S. 313 in Betracht, nach welcher dem Ehemann nicht gestattet ist, unter Angabe des Zeugungsunvermögens ein von der Ehefrau geborenes Kind zu verläugnen. Dürfen auch die Folgerungen aus dieser Bestimmung nur mit Vorsicht gezogen werden, so steht doch fest, daß, wenn hier selbst dem ohne jedes Verschulden, durch Alter oder Krankheit von jener Schwäche befallenen Ehemann versagt bleibt, zur Wahrung seiner Ehre und der Rechte seiner rechtmäßigen Kinder, den Folgen der schwersten Pflichtverletzung der Ehefrau entgegen zu treten, die Ursache dieser eingreifenden Beschränkung in dem durch Rücksichten des allgemeinen Wohls gebotenen Willen des Gesetzes gefunden werden muß, eine Untersuchung abzuschneiden, deren Ergebniß entweder durchaus zweifelhaft bleibt oder durch Mittel erreicht wird, welche Anstand und Sitte unbedingt verwerfen. Zweifellos aber und in erhöhtem Maaße muß jenes Verbot auch dann Platz greifen, wenn die Ehefrau wegen Schwäche des Gatten, in Verkennung der höheren Bedeutung der Ehe und unter schwerer Mißachtung weiblicher Zucht und Scham die Geheimnisse des ehelichen Lebens vor Gericht aufzudecken und um solchen Grundes willen das Band der Ehe in Frage zu stellen unternimmt.

Jenes Verbot des Gesetzes schneidet aber auch alle jene Folgerungen ab, welche man hinsichtlich einer fortdauernden Gültigkeit des §. 8 der Eheordnung aus der zweifelhaften Fassung des Art. 18 des I. E.E. abgeleitet hat.

Vrgl. Oberhofger. Jahrb. n. F. X. S. 298.

*) Ebenso Annalen 32 S. 240.

Digitized by Google

Und dasselbe wird auf gleiche Weise auch dann im Wege stehen, wenn man wegen einer dem Beklagten zur Last gelegten Täuschung der Klägerin über seine Schwäche geneigt sein wollte, wenigstens dem Betruge die Wirkungen zuzuschreiben, welche dem Irrthum an sich nicht zukommen.

Im vorliegenden Falle hat es übrigens die Klägerin auch unterlassen, thatsächlich darzulegen, in wiefern der Beklagte sich einer absichtlichen Täuschung schuldig gemacht habe und es ist im Gegentheil nach seinen vor der kirchlichen Behörde abgegebenen Erklärungen durchaus glaubhaft, daß er vor Abschluß der Ehe über seine Schwäche keine zuverlässige Kenntniß hatte

> Vrgl. zum Obigen: Demolombe III. No. 254, die dort angeführten Entscheidungen, Toullier I. No. 525, Duranton II. p. 67, Aubry IV. p. 90, Annalen 29 S. 62 und das dort citirte oberhofgerichtliche Urtheil von 1863.

Die in zweiter Reihe erhobene Klage auf Scheidung ist aber gleichfalls nicht in Rechten begründet. Eine hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflichten kann nur noch als grobe Verunglimpfung in Betracht kommen, dem Beklagten aber, welcher zur Erfüllung dieser Pflichten gar nicht befähigt ist, auch nicht zum Vorsatze angerechnet werden. Ebensowenig liegt in seiner Entfernung aus dem ehelichen Hause eine Kränkung der Klägerin, da sie unzweifelhaft nicht in dieser Absicht ausgeführt wurde, vielmehr nur eine Folge der Beschämung des Beklagten und der durch das eingeleitete kirchliche Verfahren nothwendig hervorgerufenen Zweifel über die Gültigkeit der Ehe war. Die Verfügungen endlich, welche Beklagter über das Vermögen der Klägerin getroffen haben soll, sind ein Ausfluß der ihm als Herrn der Gemeinschaft zustehenden Rechte und keine Verletzung der Ehefrau.

Aus diesen Gründen mußte die Klage in ihrer doppelten Richtung abgewiesen werden, und den Eheleuten überlassen bleiben, vermittelst der vom Gesetze ihnen freigestellten Scheidung durch gegenseitiges Einverständniß eine Auflösung des ehelichen Bandes herbeizuführen.

Dr. Puchelt.

71.

Welche rechtliche Natur hat der Vertrag, durch welchen ein Erbe einem Dritten einen Theil der Erbschaft gegen die Verbindlichkeit abtritt, die Erbschaft beizutreiben?

Wofür hat dieser Dritte Entschädigung gegen den Erben anzusprechen, wenn dieser selbst oder durch Andere mit Umgehung jenes Vertrags die Erbschaft erheben läßt?

Von wann laufen aus der Entschädigungssumme Zinsen?

Was kann der Erbe an der für den Vertragsbruch zu leistenden Entschädigung in Abzug bringen?

Welche thatsächlichen Behauptungen hat der Vormund mit „Nichtwissen," welche mit „Nichtwahr" zu beantworten? §. 248 der Pr.O.

Unterliegen auch Verzugszinsen der kurzen Verjährung des L.R.S. 2277?

In Sachen

des Ludwig Wetzel von Kehl und des Johann Nerlinger von Straßburg, Kläger, Appellanten, Coappellaten, Adhäsen, Oberappellaten, Cooberappellanten

gegen

Moritz Armbruster von Mösbach, Beklagten, Appellaten, Coappellanten, Adhärenten, Oberappellanten, Cooberappellaten,

Forderung und Rechnungsstellung betr.

1) Der Beklagte hatte bald nach dem am 7. Febr. 1853 in Dörlisheim im Elsaß erfolgten Tode der Wittwe des Obersten Petit von Ignatz Geißer, einem der beiden gesetzlichen Erben dieser Wittwe, dessen Erbtheil gekauft und sodann mit August Burkhard, dem Rechtsgeber der beiden jetzigen Kläger, am 10. Dezember 1854 einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß er diesem, gegen die Verpflichtung der weiteren Betreibung der erworbenen Erbschaft, die Hälfte derselben abtrat. Der Beklagte ließ sich jedoch im Widerspruch mit diesem Vertrag und den daraus für ihn begründeten Verpflichtungen am 3. April 1855 von Ignatz Geißer in öffentlicher Urkunde eine Vollmacht ausstellen, worin er beauftragt wurde, Namens desselben die nämliche Erbschaft an Maria Anna Wilhelm in Mösbach zu verkaufen, und darauf schloß er auch am 27. April 1855 mit M. A. Wilhelm zwei Kaufverträge in öffentlicher Form

Digitized by Google

ab, den einen über die Fahrnisse, den andern über die Liegenschaften dieser Erbschaft, und ließ sich zugleich von der Käuferin in öffentlicher Urkunde Generalvollmacht zu deren Vertretung ausstellen. Hiergegen erwirkte nun A. Burkhard:

a) unterm 9. Januar, resp. 13. Juni 1856 ein rechtskräftig gewordenes amtsgerichtliches Urtheil, wodurch der Beklagte schuldig erklärt wurde, den Vertrag vom 10. Dezember 1854 zu erfüllen, nämlich die Hälfte der von Ignatz Geißer erworbenen Erbschaft der Wittwe Petit, nach Abzug der geleisteten Vorschußzahlung von 200 fl. und der weiter erwachsenen Kosten, dem A. Burkhard auszufolgen, beziehungsweise denselben zu ermächtigen, diesen Erbtheil zu erheben, und sodann

b) am 29. Juli und 21. August 1857 zwei weitere rechtskräftig gewordene Urtheile, wodurch dem Beklagten und der M. A. Wilhelm gegenüber der zwischen dem Beklagten und Ignatz Geißer am 3. April 1855 abgeschlossene Auftragsvertrag, sowie die beiden zwischen dem Beklagten und der M. A. Wilhelm abgeschlossenen Kaufverträge für nichtig und wirkungslos erklärt wurden.

Inzwischen hatte jedoch der Beklagte, wie die Klage weiter behauptet, schon über den größten Theil der Erbschaft eigenmächtig verfügt, dieselbe entweder selbst erhoben, oder durch Bevollmächtigte erheben lassen, und diese vom Beklagten bezogenen Beträge bildeten den Gegenstand der Entschädigungsklage, indem die Kläger als Cessionare des A. Burkhard dessen Antheile an diesen Beträgen ersetzt verlangten. Ueber diese Rechtsverhältnisse hat sich das großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zum Beweiserkenntniß vom 22. März 1866 dahin ausgesprochen:

„Betrachtet man das Vertragsverhältniß vom 10. Dezember 1854 mit den beiden vordern Instanzen als einen Auftragsvertrag (theilweise procuratio in rem suam) oder aber als ein Dienstverding (locatio conductio operarum), so war in beiden Fällen dem A. Burkhard gegen die von ihm übernommene Verpflichtung der Beitreibung des Ignatz Geißer'schen Erbantheils in dem Vertrag zugleich die Hälfte dieses letztern als Gegenleistung definitiv abgetreten, er hatte somit das Recht auf den Erwerb dieses hälftigen Erbtheils bereits erlangt, und dieses Recht konnte ihm durch eine einseitige Kündigung, oder eine sonstige einseitige Handlung seines Gegencontrahenten nicht wieder entzogen werden ꝛc.

Wenn und insoweit daher der Beklagte über jenen Erbtheil selbst verfügt, oder er denselben erhoben hat, hat er seine vertragsmäßige Verpflichtung gegen A. Burkhard verletzt, und ist demselben somit zur Entschädigung verpflichtet. L.R.S. 1142.

Insoweit aber eine Verzugsetzung zur Erhebung der Entschädigungsklage nothwendig ist, liegt diese schon in der am 4. Juli 1855 zugestellten Klage auf Vertragserfüllung vom 18. Juni j. J.

Was jedoch die Größe des begehrten Schadensersatzes anbelangt, so verlangen die Kläger unzweifelhaft zu viel, wenn sie die Hälfte des Erbtheils des Ignatz Geißer mit 11,050 Frcs. 24 ½ Cent. ersetzt begehren. Denn der Beklagte ist nur in soweit schadensersatzpflichtig, als er den Vertrag verletzt, also die Erbschaft selbst eingezogen hat, oder hat einziehen lassen, und überhaupt zu seinem Vortheil darüber verfügt hat; oder als er etwa, was übrigens gar nicht geltend gemacht ist, durch seine Handlungen den Verlust von Erbschaftsbestandtheilen verschuldet hat. Insoweit aber Theile der Erbschaft jetzt noch ausstehen, hat der Beklagte keine Vertragswidrigkeit begangen und der Rechtsgeber der Kläger ist auch nicht beschädigt, denn er kann fortwährend noch auf Grund des Vertrags vom 10. Dezember, und der zu seinen Gunsten ergangenen Urtheile seine Rechte auf jene Theile der Erbschaft geltend machen.

Von den durch den Beklagten wirklich eingezogenen, oder von ihm verwendeten Beträgen aber können die Kläger ein Viertheil verlangen, denn gerade darin besteht der dem A. Burkhard, resp. seinen Nachfolgern durch die Handlung des Beklagten entgangene Gewinn ꝛc."

An einer andern Stelle der Entscheidungsgründe folgt die auch hierher gehörige Bemerkung:

„Der Beklagte, welcher nur Entschädigung für diejenigen Beträge zu leisten, welche er aus dem Erbtheil des Ignatz Geißer wirklich bezogen hat, kann daher an den schuldigen Entschädigungsbeträgen auch nur diejenigen Summen in Abzug bringen, welche er selbst aufgewendet hat, um damit Lasten der Erbschaft oder des speciellen Ignatz Geißer'schen Erbtheils abzulösen."

2) In dem Nachlasse der Wittwe Petit befand sich ein Haus, das am 28. Juli 1855 vom Beklagten, resp. der M. A. Wilhelm und der weitern Miterbin, der

Digitized by Google

Wittwe Stockinger, an Johann Georg Beinert um 6875 Frcs. verkauft wurde.

Die Klage behauptet nun, von diesem Kaufpreis habe Karl Heinrich Kaufmann von Straßburg, welcher hierzu in öffentlicher Urkunde vom 8. October 1855 vom Beklagten und der Wittwe Stockinger bevollmächtigt gewesen sei, den Betrag von 2918 Frcs. 12 Cent. erhoben und den Rest desselben käuflich an Heinrich Schirmer und Thibeaut Würz in Dörlisheim und zwar beides in öffentlichen Urkunden vom 11. Oct. 1855 übertragen.

Der Vormund des damals noch wegen Verschwendung entmündigten Beklagten hatte den letzteren Theil der Klagbehauptung nach der Ansicht des Unterrichters mit Unrecht nur mit Nichtwissen beantwortet; es wurde demselben daher die Auflage gemacht, sich bestimmt über die Wahrheit jener Thatsachen zu erklären, und als dieser Auflage innerhalb der gegebenen Frist nicht genügt worden war, wurden auf klägerisches Anrufen mit Versäumungserkenntniß vom 17. Mai 1864 dem angedrohten Rechtsnachtheil gemäß jene Thatsachen für zugestanden erklärt." Gegen dieses Versäumungserkenntniß hatte der Beklagte eine Appellationsbeschwerde gerichtet, weil der Vormund zu einer andern Art der Einlassung nicht verpflichtet gewesen sei.

Die oberh. Entscheidungsgründe besagen hierüber:

„Diese Beschwerde war zulässig, und sie erscheint auch theilweise als begründet. In der Behauptung nämlich, daß der Vormund nicht verpflichtet gewesen sei, sich in anderer Weise, als mit Nichtwissen, auf die fraglichen Klagbehauptungen einzulassen, liegt zugleich die weitere Behauptung, daß der Beklagte, weil er sich bereits in dieser Weise eingelassen hatte, sich auch kein Säumniß habe zu Schulden kommen lassen, daß daher gar kein Versäumniß stattgefunden habe, somit ein Fall, in welchem nach §. 1109 der Pr.O. die Appellation gegen ein Versäumungserkenntniß zulässig ist. Es ist nun auch richtig, daß der Vormund nur einen entmündigten Verschwender, somit eine Person vertrat, welche eidesmündig, und eidesfähig ist, die also auch nach §. 579 der Pr.O. einen entscheidenden Eid selbst leisten muß, und ihn, soferne er ihre eigenen Handlungen betrifft, in der Form des Wahrheitseides leisten muß, §. 530 ibidem; bezüglich solcher Handlungen, über deren Wahrheit sich der Vormund bei dem von ihm Vertretenen verlässigen kann, ist daher auch eine Einlassung in der Form des Nichtwissens unstatthaft, §. 248 ibidem. Allein anders verhält es sich bezüglich solcher Handlungen, welche nicht eigene des Pfleglings, sondern Handlungen solcher Personen sind, für deren Handlungen der Letztere haftet; bezüglich solcher Thatsachen darf der Vertretene selbst mit Nichtwissen antworten, und es muß diese Befugniß um so mehr seinem Vertreter zustehen. Zu den Thatsachen der ersteren Art gehört aber nur die Bevollmächtigung des C. H. Kaufmann durch den Beklagten zur Erhebung des Kaufpreises, und auf diese Thatsache äußert daher auch das erlassene Versäumungserkenntniß seine volle Wirkung, dagegen aber gehören die wirkliche Erhebung und resp. Abtretung des Kaufpreises durch Kaufmann zu den Thatsachen der letzteren Art, bezüglich welcher also sowohl dem Beklagten selbst, als seinem Vormunde die Beantwortung durch Nichtwissen gestattet war, und folgeweise auch ein Versäumniß nicht vorlag."

3) Nach Inhalt der Klage schuldete Johann Forst in den Nachlaß der Wittwe Petit ein Capital von 1000 Frcs. und an Zinsen bis zum 6. Juni 1855 den Betrag von 149 Frcs. 52 Cent. Diese Summe haben an dem genannten Tage die Erben theils selbst, theils durch ihren Bevollmächtigten, Kaufmann, mit 184 Frcs., theils durch Rechtsabtretung an Avoué Knoll bezüglich des Restes von 165 Frcs. 52 Cent., die vom Schuldner sofort bezahlt wurden, bezogen. Es wird also behauptet, daß die Erhebung und resp. Abtretung dieser Summe von 1149 Frcs. 52 Cent. an einem und dem nämlichen Tage, nämlich am 6. Juni 1855 geschehen, und daß Beides in Anwesenheit der Erben, d. h. des Beklagten und der Wittwe Stockinger, so wie des Kaufmann erfolgt sei.

Entscheidungsgründe.

„Wenn hiernach Kaufmann in Gegenwart der beiden Hauptinteressenten Handlungen der erwähnten Art vorgenommen haben sollte, so müßten diese mit deren Wissen und Willen vorgenommenen Handlungen ihres Bevollmächtigten immerhin auch als ihre eigene Handlungen betrachtet werden."

Hieraus folgt zunächst, daß auch hier eine Einlassung mit Nichtwissen nicht stattbaft war, daß daher auch hier die amtsgerichtliche Auflage vom 10. April 1864 zur bestimmteren Beantwortung, und ebenso das Versäumungserkenntniß vom 17. Mai 1864, wodurch die fraglichen Thatsachen für zugestanden erklärt wurden, gerechtfertigt ist, daß also der Beweis auch dieses Anspruchs als geführt angesehen werden muß.

Eine weitere Folgerung, welche hieraus abzuleiten ist,

Digitized by Google

besteht aber darin, daß es hier auf die Frage, ob Kaufmann auch von A. Burkhard zur Betreibung der fraglichen Erbschaft beauftragt gewesen ist, nicht ankommt; denn die Handlungen, welche etwa Kaufmann in Gegenwart und unter unmittelbarer Einwirkung des Beklagten und der Wittwe Steckinger vorgenommen haben sollte, sind als solche zu betrachten, welche von diesen Letzteren selbst vorgenommen worden sind, und sie können deßhalb nicht behaupten, daß Kaufmann hierbei von einer Vollmacht des A. Burkhard Gebrauch gemacht habe, oder auch nur hätte Gebrauch machen können."

4) Die Kläger hatten nicht nur Zinsen aus den vom Beklagten erhobenen Beträgen bis zum jeweiligen Erhebungstage, sondern auch Verzugszinsen vom Tage der jeweiligen Einnahme an begehrt.

Entscheidungsgründe.

„Die Begründetheit dieses Anspruchs läßt sich im Allgemeinen nicht bestreiten; denn der Verlust der Zinsen von denjenigen Beträgen, welche der Beklagte vertragswidrig erhoben hat, enthält jedenfalls auch einen dem A. Burkhard und resp. den Klägern entgangenen Gewinn, daher eine Beschädigung derselben, welche ihnen von dem Tage der Erhebung der einzelne Beträge durch den Beklagten zugefügt worden ist.

In dem von den beiden vordern Instanzen zum Maaßstab genommenen Purificationserkenntnisse vom 13. Juni 1856 liegt nun allerdings auch eine theilweise Verzugsetzung des Beklagten, denn in soweit er durch dieses Erkenntniß verurtheilt worden ist, die Hälfte der von Ignatz Geißer erworbenen Erbschaft der Wittwe Petit — dem A. Burkhard auszufolgen, liegt darin zugleich die Verurtheilung zur Herausgabe dessen, was er bis dahin von jener Erbschaft bereits erhoben hatte, an den Kläger, und insoferne wäre der Beklagte hierwegen auch in Verzug gesetzt. Nicht ebenso verhält es sich aber bezüglich desjenigen Theils der Erbschaft, welchen der Beklagte damals noch nicht eingezogen hatte, denn bezüglich dieses Theiles ist der Beklagte nicht zur Ausfolgung, sondern nur zur Ertheilung der Erhebungsermächtigung verurtheilt, in dieser Beziehung konnte daher der L.R.S. 1153 keine Anwendung finden."

5) Der Beklagte hatte in II. Instanz auf den Grund des L.R.S. 2277 die Einrede der Verjährung aller älteren als fünfjährigen Zinsen vorgeschützt, welche Einrede jedoch darum verworfen worden ist, weil jenes Gesetz auf Verzugszinsen nicht anwendbar sei.

Das großh. Oberhofgericht sprach in seinen Entscheidungsgründen aus:

„Diese Ansicht kann, selbst die fraglichen Zinsen als Verzugszinsen betrachtet, als richtig nicht anerkannt werden.

Der L.R.S. 2277 sagt nämlich ganz allgemein, daß Kapitalzinsen und überhaupt alles, was von Jahr zu Jahr, oder in kürzern Zielern zahlbar ist, in 5 Jahren verjessen werde. Das Gesetz unterscheidet hiernach nicht und es müssen daher auch die Zinsen des L.R.S. 1153 darunter begriffen erachtet werden; denn unter dem Worte „Capitalzinsen" sind nicht blos bedungene Zinsen von Forderungen aus Darlehen oder dgl. zu verstehen, sondern überhaupt Zinsen aus jeder Geldforderung, welche zinstragend ist, oder es werden kann, also auch solche, von welchen der S. 1153 spricht; und wenn auch die hier bezeichnete Forderung eine Entschädigung genannt wird, so besteht diese Entschädigung doch nur in Zinsen, also in etwas, was von Jahr zu Jahr, oder in kürzeren Terminen fällig wird, und auch vom Gläubiger von Jahr zu Jahr gefordert werden kann.*) Ueberdies aber besteht der Grund des Gesetzes anerkanntermaaßen darin, daß der Schuldner nicht durch das allzustarke Anwachsen der Zinslast erdrückt und ruinirt werden soll, und dieser Grund schlägt bei Verzugszinsen ebenso an, wie bei bedungenen Zinsen.

Zachariä, Handbuch IV. §. 774ᵇ Note 14.
Troplong de la prescription No. 1013 ff.
Jahrbücher n. F. VIII. S. 15. 16.
Lauckhard, Rechtsfälle I. S. 149.

Die Einrede der Verjährung, und damit die Beschwerde, die hierwegen vom Beklagten erhoben ist, muß somit als begründet erachtet werden rc." Red.

72.

Der Auftrag und die Vollmacht.

II.

In Nr. 1 der Annalen dieses Jahrgangs habe ich auf den Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht aufmerksam gemacht. Gleichzeitig ist auch von anderer Seite dieser Unterschied hervorgehoben worden: In dem zehnten Band der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht findet man S. 183—241 eine Abhandlung von Professor Laband in Königsberg über die Stellver-

*) „Quant à la qualification de dommages-intérêts qui aurait été donnée à des intérêts moratoires, elle ne peut en changer la nature puisqu'en définitive ces dommages-intérêts sont toujours des sommes exigibles à la fin de chaque année." Aubry et Rau §. 774 note 21 t. 6 p. 524. 525.

Digitized by Google

tretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften, in welcher er unter Andern sagt (S. 203):

„Nichts ist für den wahren Begriff der Stellvertretung und die juristische Durchbildung dieses Instituts nachtheiliger gewesen, als die Zusammenwerfung der Stellvertretung mit dem Mandat, zu welcher das römische Recht den Anlaß gab. Ueberall wo Jemand kraft einer Vollmacht anstatt eines Andern handelt, wird ein Mandat angenommen; der Vertretene wird Mandant, der Vertreter Mandatar genannt; Auftrag und Vollmachtsvertrag werden von den Juristen als synonym gebraucht. Diejenigen, welche genauer unterscheiden, beziehen das Wort „Auftrag" auf das Verhältniß zwischen Mandanten und Mandatar, Vollmacht auf das Verhältniß des Mandanten zum Dritten; Auftrag bezeichne die innere, Vollmacht die äußere Seite des Verhältnisses." In der Note führt er die Pandekten von Windscheid §. 74 Note 1 an, wo es heiße: „Auftrag bezeichnet die Seite des Verhältnisses, daß Einer für den Andern Etwas thun muß, Vollmacht die Seite, daß Einer für einen Andern Etwas thun darf. Allerdings liegt in dem Auftrag auch eine Vollmacht; wer für mich handeln muß, darf auch für mich handeln." Diese Letztere Bemerkung hält Laband für unrichtig. Er führt nämlich weiter aus, es könne ein Mandat ohne Vollmacht, sowie eine Vollmacht ohne Mandat ertheilt werden. (S. 204 und 5.) Unter dem Mandat ohne Vollmacht versteht Laband den Fall, da der Mandatar den Auftrag auf eigenen Namen, mithin nicht im Namen des Mandanten ausführen soll. Es findet dies, sagt Laband, im Handelsverkehr Anwendung bei dem Commissionär und Spediteur, zu deren Begriff es wesentlich gehört, daß sie nicht als Stellvertreter des Committenten, sondern in eigenem Namen contrahiren. Ich bin jedoch der Meinung, daß der Mandatar auch in diesen Fällen von dem Mandanten ermächtigt ist, für ihn zu contrahiren, wenn er auch dem Dritten, mit welchem er contrahirt, keine Kenntniß von seiner Vollmacht gibt und daher, diesem gegenüber, so angesehen wird, als habe er für sich contrahirt. Wenn ich Jemanden beauftrage, ein Haus oder ein Landgut für mich zu kaufen, den Kaufpreis zu zahlen, die Liegenschaft von Hypotheken frei zu machen, die Ueberschreibung auf meinen Namen zu besorgen u. s. w., so kann der Beauftragte es meinem Interesse angemessen erachten, mich im Lauf der Unterhandlung nicht zu nennen; er kann sogar den Kauf in eigenem Namen abschließen, oder vorbehalten, seinen Auftraggeber erst dann zu nennen, wenn der Kauf fest abgeschlossen ist, ein Verfahren, das namentlich in Frankreich in Uebung ist, wie man sich aus Troplong de la Vente No. 64 u. ff. und aus Merlin, Répertoire sub v. Command überzeugen kann. Der Auftraggeber heißt in diesem Fall Command, der Beauftragte Commandé. Dieser nennt den Käufer erst, nachdem der Kauf fest abgeschlossen ist. Kann man aber deßwegen, weil er seinen Auftraggeber nicht nennt, annehmen, er habe keine Vollmacht zum Kaufabschluß, wiewohl er Auftrag hat, den Kauf abzuschließen? Nicht im Geringsten. Jeder Auftrag schließt nothwendig die Vollmacht ein, das Aufgetragene auszuführen. Dagegen gibt es Vollmachten ohne Auftrag, namentlich gehören hieher alle Fälle, in welchen die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten ausgestellt wird, z. B. wenn der Cedent dem Cessionar eine Vollmacht gibt, die ihn ermächtigt, die cedirte Forderung von dem Schuldner zu erheben, oder wenn sich Jemand, der eine Vergnügungsreise antritt, von einem Banquier einen Creditbrief geben läßt. In diesen Fällen haben wir eine Vollmacht ohne Auftrag; es muß daher Auftrag und Vollmacht nothwendig verschieden sein. Laband zeigt uns nun, daß dieser Unterschied in dem Handelsgesetzbuch allenthalben festgehalten wird. So z. B. wird in Art. 297 neben dem Auftrag die Vollmacht als ein davon verschiedenes Rechtsinstitut genannt. Art. 298 handelt von der Vollmacht zu Handelsgeschäften, dagegen Art. 323 von dem Auftrag. Durch Art. 298 werden die Bestimmungen der Art. 52 und 55 auf alle Personen ausgedehnt, welche als Bevollmächtigte eines Andern Handelsgeschäfte abschließen: Durch den Abschluß wird nicht der Bevollmächtigte, sondern der Vollmachtgeber dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet, Art. 52; wenn aber Jemand, ohne Vollmacht zu haben, Namens eines Andern handelt, so haftet er dem, mit welchem er contrahirt, persönlich, Art. 55. Bestimmungen ganz anderer Art werden in Art. 323 bezüglich des Auftrags gegeben. Nach Art. 67 vermitteln die Handelsmäkler Käufe und Verkäufe; wird ihnen eine solche Vermittlung von irgend Jemanden übertragen, so sind sie dadurch nicht auch als bevollmächtigt anzusehen, Zahlungen oder andere Leistungen in Empfang zu nehmen. Die Vollmacht geht nicht weiter als der Auftrag; dieser ist bei einem Mäkler nur auf Vermittlung gerichtet — was er darüber hinaus thut, geschieht

Digitized by Google

ohne Auftrag, mithin auch ohne Vollmacht. In den Art. 360. 362. 367. 376—78 ist überall nur von dem Auftrag die Rede, während die Art. 41 u. ff. von der Vollmacht und von den Handlungsbevollmächtigten handeln. Der Prokurist ist ein Bevollmächtigter; der Umfang der Vollmacht ist gesetzlich bestimmt, Art. 42, und kann nicht beschränkt werden. Art. 43. Auffallend ist allerdings, daß sich Art. 41 des Wortes „beauftragt" statt des Wortes „ermächtigt" bedient, denn offenbar ist nur eine Ermächtigung gemeint, wie sich auch z. B. Art. 114 dieses Wortes zur Bezeichnung der Befugniß der offenen Gesellschafter, die Gesellschaft zu vertreten, bedient. Auch diese Vollmacht ist bezüglich ihres Umfangs gesetzlich festgestellt und kann ebenfalls nicht beschränkt werden. Art. 116. Dasselbe gibt bezüglich der Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, Art. 137 und 138, sowie bezüglich des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Art. 230 und 231.*)

Dieses Verbot der Beschränkung der Vollmacht bezieht sich übrigens nur auf das Verhältniß zu dritten Personen; diese brauchen eine derartige Beschränkung nicht anzuerkennen, sie sind vielmehr berechtigt anzunehmen, daß der Prokurist, der Liquidator, der offene Gesellschafter, der Vorstand einer Aktiengesellschaft diejenige Vollmacht hat, welche das Gesetz diesen Personen einräumt. Dagegen ist der Bevollmächtigte seinem Vollmachtgeber gegenüber verbunden, diejenigen Beschränkungen, welche dieser zu setzen für gut fand, einzuhalten. Art. 231. Es läßt sich auch in dieser Richtung Auftrag und Vollmacht unterscheiden. Der Prokurist wird von seinem Prinzipal, der Vorstand der Aktiengesellschaft von dem Verwaltungsrath angestellt; der Anstellungsvertrag enthält gewöhnlich genaue Bestimmungen über die Leistungen, zu denen sich der Angestellte verpflichtet, sowie über die Belohnung, welche er dafür anzusprechen hat. Dieser Vertrag ist ein zweiseitiger; gleichwohl hat das Handelsgesetzbuch Vorsorge getroffen, daß die in Folge eines solchen Vertrags ertheilte Vollmacht stets widerrufen werden kann, Art. 54. 227, jedoch unbeschadet der aus dem bestehenden Vertrag abzuleitenden Rechte des Angestellten. Dieser Vertrag bleibt demnach bestehen, während die Vollmacht widerrufen wird. Anstellungsverträge werden gewöhnlich unter den Gesichtspunkt des Mandats gebracht. Der Unterschied zwischen Mandat und Vollmacht tritt daher deutlich hervor. Auch in der Beziehung unterscheiden sie sich, als das Mandat einen geringeren Umfang haben kann, und in den angeführten Fällen gewöhnlich auch haben wird, als die Vollmacht. Wir haben gesehen, daß das Gesetz den Umfang der Vollmacht des Prokuristen und des Vorstands einer Aktiengesellschaft bestimmt, und jede Beschränkung verbietet. Dagegen kann das Mandat des Einen wie des Andern ein sehr beschränktes sein. Auch Gesellschafter können in ihren Gesellschaftsverträgen sich gegenseitig gewisse Beschränkungen auferlegt haben, die in ihren gegenseitigen Beziehungen gelten, aber nicht Dritten entgegengehalten werden können.

Aehnliche Bestimmungen enthält auch das Seerecht: Der Umfang der Vollmacht des Correspondent-Rheders und des Schiffers ist gesetzlich normirt, Art. 460. 495—99; Beschränkungen dieser Vollmachten sind zuläßig, können aber dritten Personen nur dann entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, daß ihnen diese Beschränkungen zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannt waren. Art. 462. 500. Dem Vollmachtgeber gegenüber muß aber der Bevollmächtigte die Beschränkungen seiner Vollmacht einhalten. Art. 463. 503. Auch bezüglich des Umfangs der Vollmacht der Handlungsreisenden und Ladendiener, enthält das Gesetz nähere Bestimmungen, Art. 49 u. 50, ebenso bezüglich derjenigen Personen, welche ein Principal ohne Ertheilung der Prokura in seinem Handelsgewerbe anstellt, Art. 47, sowie derjenige Beamte einer Aktiengesellschaft, denen nicht die gesammte Geschäftsführung übertragen ist. Art. 234. Der Umfang der Geschäfte, deren Besorgung den Angestellten obliegt, wird durch den Vertrag, welchen sie mit dem Prinzipal oder dessen Vertreter abschließen, bestimmt, der Umfang der Vollmacht durch das Gesetz, welches allerdings die muth-

---

*) Das Wort „Vorstand" in den Art. 227 u. ff. hat viele Mißverständnisse erzeugt, weil man gewohnt ist, unter diesem Ausdruck denjenigen zu verstehen, welcher allen Andern vorgesetzt ist. Dieses ist namentlich die Bedeutung dieses Wortes bei allen geselligen Vereinen, es ist daher sehr begreiflich, daß man bei den Aktiengesellschaften diejenigen Personen oder dasjenige Collegium, welches über alle Beamte der Gesellschaft gesetzt ist, welches sie ernennt und abberuft, ihre Gehalte bestimmt, ihnen Urlaub verwilligt, ihre Geschäftsführung beaufsichtigt, unter dem Ausdruck „Vorstand" begreift. Von diesem Sprachgebrauch weicht das Handelsgesetzbuch ab. Es versteht unter dem Vorstand einer Aktiengesellschaft denjenigen, der die Geschäftsleitung hat, — sonst Direktor genannt, — vergl. Art. 228. 229. 230. 231. Es wird dieses namentlich auch durch §. 47 der Verordnung vom 3. Oktober 1862, die Führung der Handelsregister betreffend, hervorgehoben.

Digitized by Google

maßliche Intention der Contrahenten berücksichtigt, aber hauptsächlich durch das öffentliche Interesse sich leiten läßt. So z. B. präsumirt das Gesetz die Vollmacht der in einem Laden oder in einem offenen Magazin angestellten Personen zur Empfangnahme der Zahlungen für Waaren, welche dort verkauft wurden. Art. 50. Es kommt nicht darauf an, ob der Principal ihnen auch diese Vollmacht ertheilt hat, während der Umfang des Auftrags jedes Einzelnen sicherlich nur von den Weisungen des Principals abhängt. Hier tritt also der Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht zu Tag. Nach Art. 51 gilt derjenige, welcher die Waare nebst unquittirter Rechnung überbringt, nicht für ermächtigt, die Zahlung in Empfang zu nehmen, dagegen ist nach Art. 296 derjenige, welcher die Quittung überbringt, hiezu ermächtigt, ohne Rücksicht darauf, ob er von dem Schreiber der Quittung Auftrag erhalten hat. Bei den Bestimmungen über die Vollmacht walten Rücksichten auf die Verkehrssicherheit, welche bei dem Auftrag nicht in Frage kömmt. Mittels Annahme eines Auftrags übernimmt der Mandatar die Verbindlichkeit, den Auftrag zu vollziehen, mittels Annahme einer Vollmacht erhält der Bevollmächtigte dagegen die Befugniß, dasjenige zu thun, was den Inhalt der Vollmacht ausmacht. Befugnisse sind übertragbar, Verbindlichkeiten nicht, daher kann der Bevollmächtigte seine Vollmacht übertragen, nicht aber der Mandatar die übernommene Verbindlichkeit — Vollmachten können im Interesse des Bevollmächtigten, nicht aber Aufträge im Interesse des Beauftragten gegeben werden. Ebendeßhalb ist eine strengere Terminologie, als bisher üblich, am Platze. Das preußische Landrecht wirft beide Begriffe vollständig durcheinander; der erste Abschnitt des 13. Titels im ersten Theil ist überschrieben „Von Vollmachtsaufträgen.“ Die Definition in §. 5 lautet: „Die Willenserklärung, durch welche Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt.“ Laband gibt dagegen folgende Definition des Bevollmächtigungs-Vertrags: „Derselbe ist ein Consensualvertrag, durch welchen die Contrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen.“ Diese Definition enthält jedoch keine Begriffsbestimmung, vielmehr die Rechtsfolge der Ertheilung der Vollmacht. Diese ist nichts Anderes, als die Ermächtigung, statt des Vollmachtgebers zu handeln. Wenn der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der Vollmacht gehandelt hat, so wird diese Handlung so angesehen, als sei sie von dem Vollmachtgeber selbst geschehen. Daraus folgt, daß dieser durch die Handlung des Bevollmächtigten berechtigt und verpflichtet wird. Art. 52. 230. 241. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Bevollmächtigte Namens des Vollmachtgebers handelt, sei es daß er dieses ausdrücklich erklärt, oder es sich aus den Umständen ergibt. Wenn aber der Bevollmächtigte mit dritten Personen contrahirt, ohne seiner Vollmacht zu erwähnen, dann wird angenommen, er habe in eigenem Namen contrahirt; er ist daher persönlich berechtigt und verpflichtet, Art. 360 Absatz 2, wiewohl er für Rechnung eines Dritten contrahirt hat. In diesem Fall tritt ein zweifaches Rechtsverhältniß ein, das Eine zwischen dem Committenten und dem Commissionär, das Andere zwischen diesem und demjenigen, mit welchem er contrahirt hat. Der dritte Absatz des Art. 360 weist auf den Unterschied zwischen Commission und Auftrag hin. Laband tadelt diese Bestimmung (S. 212 unten), jedoch mit Unrecht. Er meint nämlich, die Commission sei ein Auftrag ohne Vollmacht; werde aber der Beauftragte angewiesen, Namens des Auftraggebers abzuschließen, so sei dies ein Auftrag mit Vollmacht. Es ist aber schon darauf hingewiesen, daß in dem Auftrag nothwendig schon die Vollmacht enthalten ist, das Aufgetragene zu thun; ob der Beauftragte seinen Auftraggeber nennen oder nicht nennen soll, hat auf das Verhältniß zwischen Beiden gar keinen Einfluß — dieser Umstand kömmt nur bezüglich des Verhältnisses zu dritten Personen in Betracht.

Unter den Vollmachten ist für den Verkehr die Erhebungsvollmacht, durch welche der Bevollmächtigte ermächtigt wird, irgend eine Summe Geldes oder irgend welche Waaren für Rechnung des Vollmachtausstellers zu erheben oder zu beziehen, am wichtigsten. Sie kömmt gewöhnlich in Verbindung mit dem Auftrag an einen Dritten, die betreffende Summe auszuzahlen, beziehungsweise die bezeichnete Waare zu verabfolgen, vor, und in dieser Verbindung zeigt sich ebenfalls der Unterschied zwischen Auftrag und Vollmacht. (Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Juli 1867. No. 7.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 7.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Juli 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 2. Juli.	
57	Bayer gegen Bayer. — Einsprache gegen Vollstreckung . .	Schenkh. — Kusel.
151	Linnemann gegen Linnemann. — Theilung	Esser. — Krämer.
	Donnerstag den 4. Juli.	
70	Riegler gegen Lebensversicherung. — Forderung	Levinger.
18	Engel gegen Utz. — Forderung	Schenkh. — Ettlinger.
	Donnerstag den 9. Juli.	
40	Hörr gegen Hörr. — Ehescheidung	Esser.
37	Merkel gegen Menzingen. — Vertragsauflösung	A. Gutmann. — Krämer.

In der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim ist soeben erschienen:

Das
Strafgesetzbuch
für das
Großherzogthum Baden
nebst Abänderungen und Ergänzungsgesetzen, einschließlich der in Aussicht stehenden Gesetze über Presse, Vereine und Ministerialverantwortlichkeit
mit Erläuterungen
von
Dr. F. Puchelt,
großherzoglich badischem Kreisgerichtsdirector.

Zweite Abtheilung.
Erste Lieferung.
Preis eleg. br. fl. 2.
(Strafgesetzbuch, besonderer Theil. Tit. IX.—XXV. Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre der Person, sowie Verbrechen gegen die Sittlichkeit.)

Digitized by Google

Soeben ist in der Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim eingetroffen:

Der XI. Band von

Cours de Code civil

par

C. Demolombe.

Lorsque M. Demolombe publia, en 1846, le premier volume de son Cours de droit civil, nous n'hésitâmes pas à enrichir de cet ouvrage important la collection belge des jurisconsultes étrangers. Le succès du livre a grandi de volume en volume. Le savant professeur de Caen est placé aujourd'hui au premier rang des sommités de la science; aussi le gouvernement français lui a-t-il offert récemment un siége à la cour de cassation; mais, pour pouvoir se consacrer entièrement à l'oeuvre capitale qu'il a entreprise, M. Demolombe n'a pas hésité à refuser cette éminente position.

Le Cours de droit civil est à la fois un livre de science et de pratique; il s'adresse à la magistrature et au barreau, comme aux écoles. Cette double destination donne à cette oeuvre un caractère tout particulier.

Les recueils de jurisprudence s'empressent de le citer; mais comme leurs citations se rapportent en général à l'édition originale, nous avons cru faire chose utile, pour nos lecteurs, en indiquant, en tête de nos pages, la pagination correspondante de l'édition française. Ainsi: P., t. Ier, 4—6 signifie: édition de Paris, tome Ier, p. 4 à 6.

EN VENTE:

Tome I. — De la Publication, des Effets et de l'Application de lois en général, de la Jouissance et de la Privation de droits civils, des Actes de l'état civil, du Domicile et de l'Absence. (Tomes I. et II. de l'édition française.)

Tome II. — Du Mariage et de la Séparation de corps. (Tomes III. et IV. de l'édition française.)

Tome III. — De la Paternité et de la Filiation, de l'Adoption et de la Tutelle officieuse et de la Puissance paternelle. (Tomes V. et VI. de l'édition française.)

Tome IV. — De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, de la Majorité, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire et des Individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés. (Tomes VII. et VIII. de l'édition française.) Suivie d'une table analytique des quatre premiers volumes.

Tome V. — De la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation. (Tomes IX. et X. de l'édition française.)

Tome VI. — Des Servitutes ou Services fonciers. (Tomes XI. et XII. de l'édition française.)

Tome VII. — Des Successions. (Tomes XIII. et XIV. de l'édition française.)

Tome VIII. — Des Successions. (Tomes XV. à XVII. de l'édition française.)

Tome IX. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XVIII. et XIX. de l'édition française.)

Tome X. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XX. et XXI. de l'édition française.)

Tome XI. — Des Donations entre-vifs et des Testaments. (Tomes XXII. et XXIII. de l'édition française.) Suivie d'une table alphabétique et analytique des Tomes IX., X. et XI.

Complette Exemplare sind zu fl. 54 und einzelne Bände à fl. 5 stets vorräthig.

Mannheim, den 20. April 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 23.

(Schluß von Art. 72.)

Die Erhebungsvollmacht kann nämlich im Interesse des Gebers wie des Nehmers ausgestellt werden, des Gebers, wenn dieser ausstehende Gelder einziehen oder über seine Waare disponiren will, des Nehmers, wenn dieser an einem dritten Ort Geld braucht und durch die Vollmacht in den Stand gesetzt wird, es dort zu erhalten. Die Formen der Erhebungsvollmacht sind verschieden; sie haben sich je nach dem Bedürfniß des Verkehrs ausgebildet; zuweilen haben die Gesetzgebungen eingegriffen, selten zum Vortheil der Rechtsbildung, weil Vollmacht und Auftrag stets durcheinander geworfen wurden, wie man sich aus der oben gegebenen Definition des preußischen Landrechts, sowie aus Art. 1984 des französischen Gesetzbuchs und des damit übereinstimmenden badischen Landrechts überzeugen kann. Selbst in der neuern Zeit kann sich einer der bedeutendsten Rechtslehrer, Thöl, nicht davon losmachen. Erst Endemann macht in §. 130 seines Handelsrechts darauf aufmerksam, daß das Verhältniß zwischen Assignanten und Assignatar anders erklärt werden müsse, als durch Mandat, sei es auch mandatum in rem suam, setzt er in der Note hinzu. Man hat nämlich überall da, wo die Annahme eines Mandats den Verhältnissen nicht entsprach, sich durch diese Bezeichnung geholfen. Ein Mandat zu Gunsten des Mandatars ist aber ohne rechtliche Bedeutung, da Niemand sich zu seinen eigenen Gunsten verbindlich machen kann. In solchen Fällen ist kein Mandat, sondern eine Vollmacht vorhanden, wie auch Endemann l. c. von der Anweisung sagt, sie enthalte für den Assignatar eine Ermächtigung zum Empfang. Diese kann allerdings in Folge eines Auftrags gegeben worden sein — demungeachtet ist sie nur eine Ermächtigung und kein Auftrag, und gerade deßhalb kann sie ohne Schwierigkeit übertragen werden. Diese leichte Uebertragbarkeit der Vollmacht wurde im Verkehr frühzeitig erkannt und benützt; der Ausdruck dafür ist das Indossament (endossement, indosso), nach dem Italienischen so benannt, weil die Uebertragung auf die Rückseite (dosso) der Urkunde geschrieben wurde. Auch die Entstehung der Scriptur-Obligationen hängt damit zusammen, bemerkt Laband S. 240, indem die Vollmacht, weil sie dritten Personen gegenüber benutzt werden soll, schriftlich gegeben werden muß. Wenn der Aussteller der Erhebungsvollmacht zugleich deren Honorirung garantirt, so erlangt sie größeres Vertrauen. Daher hat der Handelsgebrauch in allen Fällen, da ein Werth für die Vollmacht gegeben wurde, die Garantie des Ausstellers als selbstverständlich betrachtet. In diesen Fällen liegt ein zweiseitiger Vertrag vor: der Eine gibt einen Werth, der Andere eine Erhebungsvollmacht, für deren Honorirung er garantirt. Dasselbe Rechtsgeschäft wiederholt sich, wenn der Inhaber der Vollmacht diese weiter überträgt (indossirt): der Indossatar gibt einen Werth, wogegen Indossant für Honorirung der Vollmacht einsteht (garantirt). Die Garantie selbst muß aber eine bestimmte Gränze haben; denn Niemand wird in infinitum haften wollen. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß man auf ein einfaches aber sicheres Merkmal bedacht war, um zu erkennen, ob der Fall der Garantie eingetreten ist? Dafür diente eine notarielle Aufforderung an denjenigen, bei dem die Erhebung stattfinden soll. Zahlt dieser, so war der Zweck der Vollmacht erfüllt, sie wurde nebst Quittung dem Zahlenden ausgefolgt; zahlt er nicht, so wurde diese Weigerung durch notariellen Akt constatirt. Das ist die Bedeutung des Protests. Er liefert den Beweis, daß die Vollmacht nicht honorirt wurde, daß daher der Fall der Garantie eingetreten ist. Da aber diese keine unbegrenzte, vielmehr auf eine bestimmte Zeit eingeschränkte sein sollte, so mußte der Protest zugleich constatiren, daß die bestimmte Zeit eingehalten wurde. War dies nicht der Fall, so war die Garantie erloschen; daher die genauen Bestimmungen über die Zeit, wann Protest erhoben werden muß. Eine Betrachtung drängte sich aber dabei von selbst auf: Hatte der Aussteller einer Vollmacht einen Werth empfangen, war aber die Vollmacht gleichwohl nicht honorirt worden, so würde der Aussteller sich auf Kosten des Inhabers der Vollmacht bereichern, wenn er diesem die Erlöschung der Garantie wegen Verspätung

Digitized by Google

des Protests entgegen halten wollte. Das französische Wechselrecht (Code de c. Art 170) gestattet deßhalb dem Aussteller eines gezogenen Wechsels nicht, die Erlöschung der Garantie wegen Verspätung des Protests geltend zu machen, wenn er nicht beweist, daß der Bezogene zur Verfallzeit des Wechsels gedeckt war, d. h. die zur Zahlung desselben nöthigen Mittel erhalten hatte; die deutsche Wechselordnung dagegen läßt in einem solchen Fall nur die Bereicherungsklage zu (Art. 83). Theoretisch ist diese Bestimmung richtiger, als jene; aber praktisch verdient jene den Vorzug, weil es für den Wechselinhaber sehr schwer ist, zu beweisen, daß der Wechselaussteller bereichert ist, während dieser sehr leicht den Beweis, daß er dem Bezogenen die nöthige Deckung übermacht hat, erbringen kann.

Soll aber eine Garantie unterstellt werden, die nicht ausdrücklich übernommen wurde, so muß ein äußeres Merkmal dafür bestehen, damit ermessen werden kann, in welchen Fällen der Aussteller einer Erhebungsvollmacht die Garantie für die Honorirung übernommen hat. Daher die bestimmte Form der gezogenen Wechsel, und der diesen nachgebildeten kaufmännischen Anweisung, während die gewöhnliche Anweisung und der Creditbrief keineswegs eine so bestimmte Form haben, dagegen aber auch keine Garantie des Ausstellers in sich tragen. Jene gehören daher zu den Formalakten, diese nicht; beide fallen aber unter den Begriff der Erhebungsvollmacht. Allerdings wird vielfach unter dem Ausdruck „Formalakt" ein Akt, bei welchem von der causa abstrahirt wird, verstanden. In diesem Fall wäre jede Vollmacht ein Formalakt, weil sie zu ihrer Giltigkeit überhaupt einer causa nicht bedarf. Weder das römische noch das moderne Recht setzt die Vollmacht mit der causa in irgend eine Verbindung, vielleicht gerade deßwegen, weil man sie stets als die äußere Seite des Auftrags betrachtet hat. Daß Vollmachten auch ohne Auftrag, lediglich im Interesse des Bevollmächtigten gegeben werden, ist meist unbeachtet geblieben.

Vollmachten sind Creationen, d. h. einseitige Akte des Ausstellers, sie bedürfen keiner Mitwirkung des Bevollmächtigten; die Bevollmächtigung geschieht erst durch Geben und Nehmen der Vollmacht. Sind aber Vollmachten einmal creirt, und kommen sie ohne Wissen und Willen des Ausstellers in die Hand des Bevollmächtigten, so kann dieser sich derselben bei dritten Personen geradeso bedienen, wie wenn er die Vollmacht vom Aussteller erhalten hätte, d. h. der Aussteller kann dritten Personen nicht einwenden, der Bevollmächtigte habe sich ohne seinen Willen in den Besitz der Vollmacht gesetzt. Nach der Regel: Quisque praesumitur bonus, donec probetur contrarium darf Jeder annehmen, der Bevollmächtigte sei in redlicher Weise in den Besitz der Vollmacht gekommen — er darf daher mit ihm contrahiren — er darf nach Art. 296 an den Besitzer der Quittung Zahlung leisten u. s. w. Insofern Anweisungen und gezogene Wechsel als Erhebungsvollmachten angesehen werden können, ergibt sich die Anwendung jenes Satzes von selbst. Dadurch wird ein Räthsel gelöst, das bisher großen Streit unter den juristischen Schriftstellern veranlaßt hat.

Es ist hier nicht der Ort, den Gedanken weiter zu verfolgen, ich verweise deßhalb auf eine Ausführung, welche in der Zeitschrift von Goldschmidt demnächst erscheinen wird. Dr. Ladenburg.

73.

Erbtheilung.

1) Wegen Verheimlichung von Erbstücken kann nur auf Vollendung, nicht aber auf Umstoßung der Erbtheilung geklagt werden.

Auch der Mangel der vorgeschriebenen Obsignation begründet die Umstoßungsklage nicht.

L.R.S. 792. 887.
Annal. 1865 No. 35 Ziff. 102. S. 275 ff.

2) Zur Begründung des Antrags auf eine neue Schätzung genügt nicht die Behauptung, die frühere sei zu nieder.

3) Die Erben des vorabsterbenden Ehegatten können von ihren Miterben den Offenbarungseid nicht fordern und diejenigen Erben, welchen ein Erbstückvermächtniß hinterlassen ist, sind nicht befugt, von ihren Miterben einen Offenbarungseid zu verlangen.

4) Derjenige Miterbe, welcher über einen ihm ausschließlich vermachten Gegenstand des Nachlasses

Digitized by Google

verfügt, wird dadurch des Rechts an demselben nicht verlustig.

Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 25. April 1867

In Sachen

des Johann Georg Schwarz von Adrian in Amerika, zur Zeit in Niefern, für sich und seine Ehefrau, Katharina geb. Lehr, Kläger, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

Christian Scherb und dessen Ehefrau, Barbara geborene Lehr, sowie Jakob Huttenloch und dessen Ehefrau, Magdalene geb. Lehr, sämmtlich von Niefern, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Vertragsumstoßung betr.

sprechen sich über obige Sätze in folgender Weise aus:

Zu 1) Was den Anfechtungsgrund wegen Verheimlichung von Erbstücken betrifft, so begründet dieser Umstand keine Klage auf Umstoßung, sondern nur auf Vollendung der Theilung. — Schon der Wortlaut der L.R.S.S. 792 und 887 zeigt, daß Folge der Verheimlichung von Erbstücken (L.R.S. 792) nicht die Umstoßung der Theilung, sondern der Verlust des Rechts an den verheimlichten Erbstücken sein soll, wogegen die Gefährde, welche einer Theilung zu Grunde liegt (L.R.S. 887), nicht eine Strafe Dessen, der Gefährde angewendet, sondern die Umstoßung der Theilung zur Folge haben soll So wenig man daher den L.R.S. 887 aus dem L.S.S. 792 ergänzen darf, ebensowenig ist es gestattet, die Bestimmungen des L.R.S. 887 auch auf die Fälle des L.R.S. 792 anzuwenden. Vielmehr erscheint jede der beiden Bestimmungen für sich als abgeschlossen. Sodann ist allerdings eine Gefährde vorhanden, wenn ein Miterbe dem andern einzelne Gegenstände der Erbschaft zu dem Zwecke verheimlicht, um zu dessen Nachtheil sich selbst zu bereichern. Allein der Theilung, soweit sie vorgenommen wurde, liegt diese Gefährde nicht zu Grunde, die betrügerische Absicht und Handlung betrifft vielmehr Erbstücke, welche außerhalb des Theilungs-Geschäfts geblieben sind, und somit nicht zur Vertheilung kamen. Es liegt nun kein Grund und kein rechtliches Interesse für den klagenden Theil dafür vor, daß auch derjenige Theilungs-Akt umgestoßen werde, bei welchem er bezüglich des vertheilten Vermögens nicht verkürzt und nicht betrogen worden ist. Es genügt für ihn, daß ihm das Gesetz hinsichtlich der durch Verheimlichung von Erbstücken erlittenen Benachtheiligung nicht nur eine Klage auf Herausgabe und geeigneten Falls auf nachträgliche Theilung der verheimlichten Gegenstände einräumt, — sondern den betrügerischen Miterben das Recht entzieht, einen Antheil daran zu fordern; dadurch wird nicht nur seine Benachtheiligung beseitigt, sondern er erhält mehr, als wenn kein Erbstück wäre verheimlicht worden; er erhält nämlich einen Vortheil vor seinen unredlichen Miterben voraus. Der Einwand, daß der Schlußsatz des L.R.S. 792 die erst vorzunehmende Theilung voraussetze, indem das, was verheimlicht worden, nach Umstoßung der wirklich vorgenommenen Theilung erst zur Theilung kommen müsse, ist nicht immer richtig und, wo er richtig ist, unerheblich. Unrichtig ist er, wo nur zwei Miterben vorhanden sind oder wo, wenn mehr als zwei vorhanden sind, einem einzigen redlichen Miterben gegenüber die Unterschlagung von Erbstücken — wie es hier behauptet wird — von den übrigen Miterben im Komplotte ausgeführt wurde, in diesem Falle hat bei Anwendung der Bestimmung des L.R.S. 792 a. E. keine Theilung stattzufinden, weil der einzige benachtheiligte Miterbe die von dem oder den anderen Miterben verheimlichten Gegenstände mit Niemanden zu theilen hat, sondern diese ihm allein und ausschließlich zufallen. Oder es sind mehrere durch Unterschlagung von Erbstücken benachtheiligte Miterben da, alsdann findet zwar selbstverständlich eine Theilung der verheimlicht gewesenen und wieder beigebrachten Erbstücke statt, aber als Nachtheilung im Sinne des L.R.S. 887, Abs. 2, nur unter diejenigen Miterben, die an der Unterschlagung des betreffenden Gegenstandes nicht Theil genommen haben, was auch beim Bestehenbleiben der früher vollzogenen Theilung regelmäßig füglich geschehen kann, indem dadurch die frühere Theilung in keiner Weise berührt wird. — Lassen sich auch Fälle denken, daß die beseitigten Gegenstände nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit einem Theil der schon getheilten Erbstücke vertheilt werden können, und hier allerdings nach Umständen eine Aenderung der früheren Theilung eintreten müßte, so kann dies ebenso auch bei der einfachen Uebergehung (Simple omission) sich ergeben — vergl. Brauer, Erl. Bd. II. S. 303 — in welch' letzterem Fall doch unbestreitbar nur eine Klage auf Vollendung und beziehungsweise Berichtigung, nicht

Digitized by Google

aber auf Umstoßung der Theilung stattfindet. In vorliegender Sache ist die Frage um so mehr zum Nachtheil der Kläger zu entscheiden, da es sich um Gegenstände, die für sich nicht getheilt werden können, gar nicht handelt, und da mit der Klage auf Umstoßung der Theilung die Klage auf Vollendung derselben, beziehungsweise auf Ausschließung der Beklagten von der Theilung der verheimlichten Erbstücke kumulirt ist, und neben dem Zweck, der durch die letztere Klage verfolgt wird, ein Interesse der Kläger daran, daß die bereits vorgenommene Theilung aufgehoben, und sodann wieder, wie sie vorgenommen war, noch einmal vorgenommen werde, nicht denkbar ist.

Oberhofg. Jahrb. XXI. 322.

Zu 2) Die gerichtliche Schätzung vom Jahr 1862 kann nicht einfach dadurch beseitigt werden, daß behauptet wird, die Liegenschaften seien zu nieder taxirt worden, und daß die Erhebung und Berücksichtigung einer neuen Schätzung begehrt wird. Es liegt nämlich kein Grund vor, einer neuen Schätzung mehr Glauben zu schenken, als der früheren, da die neuere im Gegentheil schon deßhalb unzuverläßiger als die alte sein muß, weil es sich um den Werth der Liegenschaften, den sie zur Zeit der Theilung im Jahr 1862 hatten, handelt, der damalige Schätzer aber den damaligen Zustand der Liegenschaften selbst einsehen, und daher aus eigener Wahrnehmung sein Gutachten abgeben konnte, was bei einer erst später abgegebenen oder erst heut' zu Tage zu erhebenden Schätzung nicht mehr möglich ist.

Die Schätzung vom Jahr 1862 wird zwar auch wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften angefochten, die darin bestehen soll, daß, wie schon früher geltend gemacht wurde, über die Schätzung nicht ein besonderes Protokoll aufgenommen worden sei, und daß, wie in der heutigen Schlußverhandlung behauptet wurde, aus den Theilungs-Akten nicht ersehen werden könne, daß es der Waisenrichter sei, welcher die Schätzung vorgenommen habe. Allein da die Aufnahme eines besondern Schätzungs-Protokolls nicht vorgeschrieben ist, und die Schätzung im vorliegenden Fall, wie der klägerische Vertreter selbst anerkennen mußte, so beurkundet wurde, wie alle gerichtlichen Schätzungen regelmäßig beurkundet werden, auch aus dieser Beurkundung — abgesehen davon, daß die Kläger selbst schon in der Klage behauptet haben, der Waisenrichter habe die Schätzung gegen seine Ueberzeugung zu nieder vorgenommen — mit Sicherheit entnommen werden kann, daß nicht der Notar oder eine andere Person, sondern der zugezogene Waisenrichter den Akt der Schätzung vorgenommen hat, weil dieser ausweislich der Theilungs-Akten ausdrücklich „zu einer pflichthaften Taxation der Vermögensstücke aufgefordert wurde" — so erscheinen auch die deßfallsigen Einwendungen als verwerflich. — Der Mangel der Obsignation und eines specificirten Fahrnißverzeichnisses, obgleich die Versiegelung, da die Kläger zur Todeszeit der Frau Lehr in Amerika abwesend waren, für diesen Fall vorgeschrieben ist; — L.R.S.S. 838. 819 ff. — vermag für sich allein das Verlangen der Theilungsumstoßung nicht zu rechtfertigen. L.R.S.S. 887. 6 k.

Zu 3) Nach §. 17 der Eidesordnung — der Quelle des Offenbarungs-Eides, wie er in unsere Prozeß-Ordg. aufgenommen ist, und welche, obgleich gesetzlich aufgehoben, noch immer zur Erläuterung der Bestimmungen über diesen Eid dienen muß — Lit. C kann derselbe nur von jenen Personen gefordert werden, in deren „Händen, Gewahrsam, Verwaltung oder Aufsicht die Erbschaft zur Zeit des Ablebens des Erblassers sich befand." — Nach dem Tode der Mutter der streitenden Theile waren nun nicht die beklagten Töchter und Schwiegersöhne, sondern es war der Ehemann der Verstorbenen, Jacob Lehr, im factischen Besitze des Nachlasses derselben, insbesondere hatte er als Herr des ehelichen Gemeinschafts-Guts die dazu gehörigen Fahrnisse und Forderungen, um welche es sich jetzt handelt, bei Auflösung der Gemeinschaft unter seiner Herrschaft, und muß daher auch von der Zeit der Gemeinschafts-Auflösung an, mit welchem Augenblicke er der Herr jenes Vermögens zu sein aufgehört hat, als der Verwalter, Bewahrer oder Aufseher desselben, das in seiner Innehabung sich befand und bis zur Gemeinschaftstheilung zu verbleiben hatte, im Sinne des §. 17 der Eides-Ordnung angesehen werden, und es war mithin bei der Erb- und Gemeinschafts-Theilung auf Ableben der Mutter, beziehungsweise Ehefrau, der Wittwer allein in der Lage und verbunden, zum Zweck der Gemeinschafts-Theilung, welche der Erbtheilung vorauszugehen hatte, den Inbegriff des ehelichen Gemeinschafts-Vermögens und damit auch des Nachlasses der Verstorbenen anzuzeigen, nicht aber waren es die Beklagten, die den Bestand des mütterlichen Nachlasses, eben weil sie nicht in der Innehabung desselben waren und weil er von dem

Digitized by Google

ehelichen Gemeinschaftsvermögen noch nicht ausgeschieden war, nicht zu kennen und weder anzuzeigen, noch herauszugeben verpflichtet sein konnten. Die Beklagten können aber auch in ihrer Eigenschaft als Erben und Repräsentanten des Vaters deßhalb nicht zur Leistung des Offenbarungs-Eides angehalten werden, weil die Verbindlichkeit zur Angabe eines Innbegriffs von Sachen und Rechten eine höchst persönliche ist, nämlich nur demjenigen obliegt, welcher in jenem in §. 17 der Eides-Ordnung Lit. C bezeichneten Verhältnisse sich befindet, und weil überdies nach §. 594 der Pr.O. der Vater der streitenden Theile zur Leistung des Offenbarungs-Eides nicht verpflichtet war.

Zu 4) Endlich stellt sich auch das auf L.R.S. 792 gestützte Verlangen, daß die Beklagten ihres Antheils an verheimlichten Erbstücken zum Vortheil der Kläger für verlustig erklärt werden sollen, bezüglich des väterlichen Nachlasses als unbegründet dar. — Hier entscheidet der Inhalt der väterlichen letzten Willensverordnung, wonach der väterliche Nachlaß mit dem Todestage des Testators im Stücke sofort in das Eigenthum der Beklagten überging. — L.R.S. 883. —

Wenn diese daher nach dem Tode Lehrs über einen Gegenstand seines Nachlasses verfügten, so haben sie über eine ihnen durch Erbschaft zugefallene eigene Sache verfügt. Die Kläger müssen sonach mit ihrem Begehren zurückgewiesen werden, soweit es sich auf Bestandtheile des väterlichen Nachlasses bezieht. —

Red.

74.

1) Zum Thatbestande der widernatürlichen Unzucht gehört eine den Beischlaf nachahmende Handlung.
2) Vereinigung der Geschlechtstheile nach §. 372 ist zur Vollendung nicht erforderlich.
3) Ueber den Begriff des Verbrechens und dessen Vollendung entscheidet das richterliche Ermessen.

Entscheidungsgründe

zu dem Urtheil des großh. Kreisgerichts Baden vom 11. Oktober 1866, I. A.S. gegen Josef Gaiser von Ottenhöfen, wegen widernatürlicher Unzucht.

Durch das abgelegte Geständniß des Angeklagten, des 16 Jahre alten Hirtenknaben Josef Gaiser von Ottenhöfen, in Verbindung mit den Aussagen des Zeugen Basler ist nur soviel hergestellt, daß der Angeklagte, als er den 13. Juni l. J. die Schaafe seines Dienstherrn auf der Waide hütete, ein halbwüchsiges Schaaf zu Boden warf, seine (des Angeklagten) Geschlechtstheile entblößte und damit die äußeren Geschlechtstheile des Schaafes berührt hat, in der Absicht das Schaaf zur Befriedigung seines Geschlechtstriebes zu gebrauchen, daß aber der Angeklagte an weitern Handlungen durch das Hinzukommen des Zeugen Basler gehindert worden ist; insbesondere ging aus den Aussagen dieses Zeugen, welche in hohem Grade unbestimmt waren, nicht hervor, daß eine Vereinigung der Geschlechtstheile des Angeklagten mit denjenigen des Schaafes, oder daß überhaupt nur eine Reibung der Geschlechtstheile des Angeklagten an dem Schaafe stattgefunden hätte, ebenso stellt dies der Angeklagte bestimmt in Abrede, während der Zeuge Basler, als er den Angeklagten betreten hat, von hinten hergekommen und dessen Geschlechtstheile gar nicht gesehen haben will. Der Gerichtshof konnte in diesem hiernach hergestellten Thatbestand nur einen nicht beendigten Versuch der widernatürlichen Unzucht finden.

Vor allem geht aus dem Strafgesetzbuch selbst hervor, daß dasselbe in der Regel unter Unzucht nicht eine unzüchtige Handlung überhaupt, sondern den Beischlaf versteht (§§. 336. 337. 363. 364. 372 vrgl. mit 360 des Str.G.B.); es ließe sich sonst auch nicht die Strafandrohung des §. 360 erklären, da die Verübung unzüchtiger Handlungen mit Kindern, besonders wenn sie von den im §. 363 genannten Personen begangen wird, ein offenbar viel schwereres Verbrechen bildet, als z. B. die Verübung solcher Handlungen an Thieren; die letztere würde aber, wenn unter Unzucht jede unzüchtige Handlung zu verstehen wäre, mit mindestens sechs Monaten Arbeitshaus bestraft, während das Minimum der Strafe für die Verübung unzüchtiger Handlungen mit Kindern nur drei Monate Kreisgefängniß ist. Zur widernatürlichen Unzucht gehört daher eine dem Beischlafe ähnliche, auf widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebs gerichtete Handlung, wobei der Gesetzgeber nach den Regierungsmotiven und Kammerverhandlungen zunächst an Päderastie und Bestialität dachte, ohne aber das richterliche Ermessen bezüglich der anderen, möglichen Formen dieses Verbrechens (Schauenstein, gerichtliche Medizin S. 119) zu beschränken, welches vielmehr nach der allgemeinen Fassung des §. 371 hier maaßgebend ist.

Oberhofg. in Annalen 32 S. 137.

Digitized by Google

Wie aber in dem Begriff des naturgemäßen Beischlafs nicht die wirkliche Befriedigung des Geschlechtstriebes gesetzlich liegt (arg. §. 372 des Str.G.B.), sondern nur die Vornahme derjenigen Handlungen, welche naturgemäß zur Befriedigung des Geschlechtstriebes dienen, so muß auch das Verbrechen der widernatürlichen Unzucht für vollendet angesehen werden, wenn solche unzüchtige Handlungen vorgenommen wurden, welche geeignet sind, die Befriedigung des Geschlechtstriebes herbeizuführen, es ist daher eine körperliche Vereinigung zur Vollendung des Verbrechens zwar nicht erforderlich, allein die vorgenommenen unzüchtigen Handlungen müssen eine widernatürliche Nachahmung des Beischlafs sein, das heißt, sie müssen wie dieser zur Befriedigung des Geschlechtsbetriebes dienen können. (Annalen 32. S. 134 ff.) *) In dem bloßen Berühren der äußern Geschlechtstheile des Schaafes durch die Geschlechtstheile des Angeklagten liegt aber eine solche Handlung nicht; es bildet dieselbe vielmehr lediglich den Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens, und zwar ohne daß von Seiten des Angeklagten Alles gethan worden wäre, was von seiner Seite zur Vollendung des Verbrechens nothwendig gewesen war; es gehört überhaupt ein eingetretener Erfolg, körperliche Vereinigung oder Samenergießung nicht zu dem Thatbestand der widernatürlichen Unzucht, und kann schon deßhalb von einem beendigten Versuche keine Rede sein. §§. 106 und 107 Str.G.B.

Was schließlich noch den Umstand betrifft, daß in dem Verweisungsbeschluß der 13. „August“ l. J. als der Tag der Verübung des Verbrechens aufgeführt ist, so kann dieses Datum nur auf einem Schreibfehler beruhen und konnte diesem Versehen irgend ein Gewicht nicht beigelegt werden. Es ist unzweifelhaft, daß der auf Grund der Voruntersuchung erlassene Verweisungsbeschluß sich nur auf die hierin konstatirte That beziehen kann, in der Voruntersuchung erscheint aber nur der 13. Juni l. J. als der Tag der Verübung des Verbrechens.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 426 der Str.P.O. wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

Dr. Puchelt.

*) Häberlin, Grundsätze III. S. 300, sagt mit Recht, daß, wie über den Begriff, so über die Vollendung der widernatürlichen Unzucht das richterliche Ermessen entscheide.

75.

In der letztwilligen Verfügung, wodurch einem Erben der ganze Vermögensnachlaß zugewendet ward, ist auch die Nutznießung an dem Vorbehalte der Ahnen stillschweigend mit inbegriffen.

L.R.S. 1094.

Gegenstand von Erbvergleichen sind nur die zur Zeit ihres Abschlusses bereits bestrittenen Ansprüche.

L.R.S. 2048. 2049.

In Sachen

der Wittwe Richard Pf. von D., Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

die Wittwe des Georg Pf. von da, Beklagte, Appellantin, Oberappellantin.

Nutznießung betr.

Die Beklagte bestritt den von der Klägerin auf Grund des letzten Willens ihres verstorbenen Ehemanns und des L.R.S. 1094 erhobenen, Anspruch auf die Nutznießung an dem Vorbehalte der Beklagten an dem von ihrem Sohne hinterlassenen Vermögen zunächst um deswillen, weil der Ehemann der Klägerin zu deren Gunsten über diese, seiner Mutter zustehende, Nutznießung nicht ausdrücklich verfügt, jedenfalls aber nicht zu verfügen beabsichtigt habe.

Allein die Beklagte unterlag in allen Instanzen, bei großh. Oberhofgerichte am 21. Mai 1867 aus folgenden

Gründen:

„Das Gesetz schreibt für diese Art der Disposition keine besondere Form vor, es genügt vielmehr, wenn aus dem Inhalte und der Beschaffenheit der letztwilligen Verfügung sich ergibt, daß durch dieselbe dem überlebenden Ehegatten des Testators auch die Nutznießung an dem Vorbehalte der Ahnen habe zugewendet werden sollen. Nun hat aber Richard Pf., wenn er seine Ehefrau in seinem letzten Willen zur Alleinerbin seines ganzen Vermögensnachlasses einsetzte, ihr damit nicht nur das nackte Eigenthum, sondern zugleich auch die Nutznießung des ganzen Vermögens, somit auch desjenigen Theils vermacht, worüber ihm das Gesetz zum Vortheil der Ahnen zu verordnen verbot.

Der Testator hat in der ersteren Beziehung allerdings über mehr verfügt, als ihm das Gesetz gestattet; dies macht jedoch seine deßfallsige letztwillige Verfügung nicht ungültig, sondern diese unterliegt, in soweit jenes

Digitized by Google

der Fall ist, nur der Reduction, welche auch gelegentlich der Erbtheilung bereits vorgenommen worden ist. L.R.S. 920. 900.

Gerade daraus aber, daß Richard Pf. in seinem letzten Willen seiner Ehefrau seinen ganzen Vermögensnachlaß, also mehr zugewendet hat, als worüber er nach dem Gesetze zu verfügen befugt war, ergibt sich mit Nothwendigkeit seine Absicht, daß er derselben wenigstens alles dasjenige zuwenden wollte, worüber ihm das Gesetz zu Gunsten seiner Frau zu verfügen erlaubt; zu diesem verfügbaren Theil seines Vermögens gehört aber nach L.R.S. 1094 auch die Nutznießung an dem Vorbehalte der Ahnen, und es muß daher auch diese nach der Absicht des Testators als unter seiner letztwilligen Verfügung begriffen erachtet werden.

Troplong ad art. 1094 No. 2557. 2575.
Demolombe (Bruxelles) XI. p. 419 No. 504.
Aubry et Rau V. §. 689 p. 610.
Lauckhardt, Rechtsfälle X. S. 32—34 S. 43 ff.

Die Beklagte beruft sich zwar, um darzuthun, daß es die Absicht ihres Sohnes Richard nicht gewesen sein könne, ihr die Nutznießung an ihrem Vorbehalte zu entziehen, auf den Art. 8 des Ehevertrags der Richard Pf.'schen Eheleute vom 10. April 1862 und auf einen Privatvertrag vom 3. März 1864, welchen Richard Pf. gemeinschaftlich mit seinen 3 Brüdern mit seiner Mutter abgeschlossen habe.

Allein bei Auslegung von letzten Willen ist nach L.R.S. 1100 d. b. zunächst auf die erklärte einseitige Absicht des Testators zu sehen; wo aber diese, wie hier, klar und unzweideutig ausgesprochen ist, da liegt überhaupt eine Auslegungsbedürftigkeit nicht vor; noch weniger aber dürfen in einem solchen Falle zur Auslegung Umstände herbeigezogen werden, welche außerhalb der Testamentsurkunde gelegen sind, um hierdurch darzuthun, daß der Testator eine Verfügung nicht habe treffen wollen, welche er doch nach seiner Absicht, und nach dem Wortlaute der Urkunde in Wirklichkeit getroffen hat. L.R.S. 1100 d. c. und 1156 a. Brauer Erläut. zu L.R.S. 1100 d. c. 2c. 2c.

Die Beklagte behauptet sodann in zweiter Reihe, die Klägerin habe in dem Erbvergleich vom 10. August 1865 auf den jetzt streitigen Nutznießungsanspruch verzichtet, und sich mit einer Rente von 4 pCt. begnügt, sie könne daher nur diese Rente, nicht aber die Herausgabe des Nutznießungscapitals verlangen.

Es erscheint jedoch auch diese Behauptung nicht als begründet.

Um überhaupt einen Erbvergleich auf diese Streitfrage anwenden zu können, wäre nach L.R.S. 2048. 2049 nothwendig, daß die von der Klägerin angesprochene Nutznießung an dem Vorbehalte der Beklagten damals schon unter den Parteien streitig gewesen wäre; dies behauptet aber die Beklagte selbst nicht; es kann daher schon hierwegen diese Frage nicht als Gegenstand des Erbvergleichs betrachtet werden.

Ueberdies werden aber auch Verzichte nicht vermuthet, und aus dem Erbvergleich läßt sich die Absicht der Klägerin, auf ihr Nutznießungsrecht überhaupt, und namentlich auf die ihr nach L.R.S. 600 zustehende Nutznießung im Stück zu verzichten, keineswegs entnehmen. 2c.

Red.

76.

Sind die Bücher und Correspondenzen des in Gant gerathenen Kaufmanns Bestandtheile der Gantmasse und zulässige Objecte des Zugriffs?

Die unter der Firma Hetzel und Stuck in Emmendingen bestandene offene Handelsgesellschaft gerieth in Gant. Ein konkurrirendes Handelshaus in Straßburg bot für die Aushändigung der Bücher und Correspondenzen der in Konkurs gerathenen Firma 500 Gulden. Der Gläubigerausschuß beschloß die Veräußerung um diesen Preis. Ein Mitglied der Firma Hetzel und Stuck erhob Einsprache gegen diese Veräußerung, wurde aber vom Gantrichter abgewiesen. Gegen diese Abweisung wurde die Appellation ausgeführt und zur Rechtfertigung des unterrichterlichen Urtheils wurde geltend gemacht, die Gantmasse ergreife alle Bestandtheile des Vermögens, die auch zur Befriedigung der Gläubiger veräußert werden dürfen, sofern sie nicht dem Verkehr entzogen oder als Competenzstücke ausgeschieden seien. Das letztere war rücksichtlich der Bücher nicht geschehen und auch nicht verlangt worden. Daß aber die Bücher und Correspondenzen Bestandtheile der Gantmasse seien, ergeben die A.S. 208. 217. 250. 251. 257 und Pr.O. §. 709, 717.

Daß sie zu den unveräußerlichen Objecten gehören, §. 1128. 1598, sei nirgends ausgesprochen und aus §. 577 d. a folge das Gegentheil.

Digitized by Google

Der Appellationssenat in Freiburg war jedoch anderer Ansicht und reformirte das unterrichterliche Urtheil dahin, daß die Veräußerung der Handelsbücher unstatthaft sei, und zwar aus folgenden Gründen:

„Handelsbücher sind ihrer Bestimmung nach nur Beweisurkunden und werden auch vom Gesetz nur als solche, nicht aber als Bestandtheile des Massevermögens betrachtet. H.G.B. Art. 28—40, A.S. 217 und Pr.O. §. 404. 717. 728. 732. 734. 815, L.R.S. 1329. 1330 ff. zum H.G.B. Art. 29, A.S. 250.

Wenn auch aus der Veräußerung der Handelsbücher im einzelnen Fall ein erheblicher Erlös erzielt werden könnte, so ist doch dieselbe gesetzlich unzulässig. Nach Art. 133 des H.G.B. sind die Kaufleute verpflichtet, ihre Bücher und Correspondenzen während 10 Jahren von dem Tage der letzten Eintragung an, aufzubewahren, womit Art. 145 des H.G.B. übereinstimmt.

Nach §. 835 der Pr.O. (L.R.S. 1270) können, wenn nach erledigter Gant der Gemeinschuldner wieder zu Vermögen kommt, diejenigen Gläubiger, welche sich bei der früheren Gant nicht gemeldet, und ebenso diejenigen, welche keine oder nur unvollkommene Befriedigung erhalten haben, ihre Ansprüche auf's Neue gegen denselben geltend machen. Behufs Richtigstellung solcher Ansprüche gegen einen früher in Gant gewesenen Handelsmann aber kann sowohl im Interesse der Gläubiger als auch des Schuldners selbst die Vorlage seiner Bücher und Correspondenzen nöthig fallen, Pr.O. §. 697 [a], und ebensowenig sind dieselben bei einer Handelsgesellschaft, die hier vorlag, hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter sich, von Bedeutung.

Nach A.S. 264 hat der zahlungsunfähig gewordene Handelsmann, wenn er um Wiederbefähigung nachsucht, die Abbezahlung seiner Schulden nachzuweisen. Sowohl um darzuthun, welche Schulden er hatte, als auch nach Umständen zum Beweise der Zahlung sind ihm seine Bücher und Korespondenzen erforderlich."

„Nach A.S. 265 soll überdies das Gesuch um Wiederbefähigung nicht ohne vorausgegangene Nachfrage nach der Würdigkeit des Bittstellers, und nicht ohne Aufruf und Zeitgestattung zur Einsprache bewilliget werden. Bei der Prüfung der Würdigkeit können auch die vor dem Gant-Ausbruch geführten Bücher, insbesondere rücksichtlich der Beurtheilung der kaufmännischen Tüchtigkeit des Bittstellers in Betracht gezogen werden, und der etwa Einsprache erhebende Gläubiger ist berechtigt, sich auf diese Bücher zu berufen. Wenn es sich um eine Untersuchung wegen Zahlungsflüchtigkeit handelt, die nach Umständen auch nach erledigter Gant noch angezeigt sein kann, sind behufs ihrer Einleitung und Führung vor Allem die Handelsbücher erforderlich. A.S. 250 und ff."

„Nicht ohne Grund hat daher das Gesetz angeordnet, daß die Bücher u. s. w. 10 Jahre lang aufbewahrt werden müssen und ist diese Bestimmung als sowohl im öffentlichen als im Privat-Interesse erlassen, zu erachten. Annalen XX. 57—63, XXV. 20, XVII. 61. Wenn sich in der heutigen Verhandlung appellantischerseits noch auf L.R.S. 2217 b. Ziff. 2 bezogen wurde, so ist soviel gewiß, daß Handelsbücher und Korrespondenzen im Vollstreckungsverfahren gegen einen Kaufmann jedenfalls nicht als Vollstreckungsmittel bezeichnet werden können, da sie demselben zu seinem Geschäftsbetrieb unentbehrlich sind."

Ruef,
Anwalt in Freiburg.

Anzeige.

Mit Nummer 24 endigt das erste Semester des Jahres 1867 der Annalen. Die Bestellungen auf das zweite Semester wollen gefällig bei den großh. Postämtern gemacht werden. Der Preis für dasselbe beträgt 3 fl.

Mannheim, im Juni 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. **No. 24.**

77.

Beweislast über eine Vertragsauflösung, welche nach der Behauptung des Klägers von dem Beklagten unbedingt bewilligt, nach der Vernehmlassung des Beklagten aber von der Gestattung einer Frist abhängig gemacht worden sein soll.

Siehe oben No. 18, Z. 58, S. 143. 144.

Eine stillschweigende Einwilligung in die Vertragsauflösung setzt einen Antrag der Gegenpartei auf Auflösung voraus.

Können Einreden, deren thatsächliche Begründung sich gegenseitig ausschließt, cumulirt werden?

In Sachen

des Joseph Ries in Mingolsheim, Klägers, Widerbeklagten, Appellanten, Oberappellanten,

gegen

Franz Ries Eheleute allda, Beklagte, Widerkläger, Appellaten, Oberappellaten,

Forderung betreffend,

wird in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtl. Urtheil vom 21. Mai 1867 ausgeführt:

ꝛc. Die Civilkammer hat die Frage über die Beweislast bezüglich der klagend behaupteten unbedingten Vertragsauflösung richtig beantwortet.

Dadurch, daß die Beklagten erklärten, sie hätten ihre Einwilligung an die Gestattung einer Frist bis Martini 1865 geknüpft, haben sie den Klaggrund nicht zugestanden, sondern widersprochen, und behauptet, ihrerseits einen neuen Vorschlag gemacht zu haben, welcher sie jedoch, so lange er vom Kläger nicht angenommen war, nicht verpflichtete. Der Kläger mußte daher die unbedingte Einwilligung der Beklagten in seinen unbedingten Vorschlag oder seine eigene Einwilligung in die ihm angebotene bedingte Vertragsauflösung nachweisen, andernfalls ist das klagend geltend gemachte Recht nicht zur Entstehung gelangt. Keiner von diesen beiden Beweisen ist aber dem Kläger gelungen. ꝛc.

Auch die Behauptung des Klägers, daß er der von den Beklagten gestellten Bedingung durch Zuwarten bis nach Martini entsprochen, daher in das bedingte Anerbieten stillschweigend eingewilligt habe, ist durch den Gegenbeweis, welcher in seiner schriftlichen Erklärung vom 27. September 1865 enthalten ist, widerlegt, da er darin den bedingten Antrag der Beklagten ausdrücklich zurückweist und somit auf denselben, weil er mit der Zurückweisung auch für die Beklagten nicht mehr bindend war, später mit Rechtswirkung einseitig nicht mehr zurückkommen konnte. ꝛc.

Die im zweiten Rechtszuge behauptete stillschweigende Einwilligung der Beklagten in die Vertragsauflösung soll darin bestehen, daß dieselben, nachdem der Kläger aus dem Hause ausgezogen, sich als Eigenthümer des Hauses gerirt, indem sie daran mehrere Ausbesserungen und Aenderungen vorgenommen haben. Allein einmal begreift das Verlassen des Hauses von Seiten des Klägers einen Antrag zur Vertragsauflösung nicht in sich, und es können daher auch die darauf erfolgten Handlungen der Beklagten keine Einwilligung in einen nicht gestellten Antrag darstellen, sodann lassen sich diese Handlungen unter den vorliegenden Verhältnissen als Ausflüsse der den Beklagten am Hause zustehenden Nutznießungsrechte erklären, indem sie auch als bloße Nutznießer dasselbe, wie der Eigenthümer, selbst gebrauchen und daher für ihre eigenen Bedürfnisse herrichten lassen durften.

Hinsichtlich der Widerklage hat der Widerbeklagte den Einzug der eingeklagten Summe zugestanden und deren Ablieferung an die Beklagten behauptet ꝛc. Von Seite der Widerbeklagten ist aber noch in dritter Instanz nebstdem, daß die eben bezeichnete Einrede festgehalten wird, die schon im zweiten Rechtszuge aufgestellte weitere Einrede geltend gemacht worden, daß er mit den eingezogenen Summen im Auftrag der Beklagten Schulden derselben bezahlt habe. Allein abgesehen davon, daß diese Einrede der Behauptung, der Widerbeklagte habe die erhobenen Gelder an die Beklagten abgeliefert, in der Weise widerspricht, daß die Thatsache, welche die eine Einrede bil-

Digitized by Google

det, diejenige Thatsache, welche der andern Einrede zu Grunde liegt, geradezu ausschließt, so daß die eine oder die andere dieser Thatsachen nothwendig unwahr sein muß, — und abgesehen davon, ob es gestattet ist, mehrere derart sich widersprechende Einreden zu cumuliren, — vergl. Wetzell, Civilprozeß S. 881 Note 5, — so hat der Widerbeklagte persönlich in der Schlußverhandlung des Appellationssenates die zuletzt erwähnte Einrede zurückgenommen oder doch erklärt, dieselbe nicht näher begründen zu können, daher diese Erklärung der Partei, gegenüber der entgegenstehenden Erklärung ihrer Anwälte zweiter und dritter Instanz, welche die vom Widerbeklagten aufgegebene Einrede trotzdem noch neben der früher vorgeschützten Einrede der Zahlung aufrecht erhalten wollen, selbstverständlich allein maßgebend sein muß.

arg. §§. 281. 1000 der Pr.O. rc.

Red.

78.

Literaturbericht.

Von dem in den Annalen 1866 No. 37 Ziff. 138 II. S. 296 besprochenen Werke:

Das Strafgesetzbuch
für das
Großherzogthum Baden,
mit Erläuterungen
von
Dr. S. Puchelt

ist unlängst die zweite Abtheilung, erste Lieferung, ausgegeben worden. Sie umfaßt die Titel IX.—XXV. (§§. 203—375.)

Diese Fortsetzung der verdienstlichen, mit Fleiß und Umsicht geförderten Arbeit empfiehlt sich noch insbesondere dadurch, daß der Herr Verfasser im speciellen Theile des Strafgesetzbuchs das gemeine Recht mehr berücksichtigt und jeweils auf Abweichungen von, beziehungsweise die Uebereinstimmung mit demselben aufmerksam gemacht hat.

Auch auf das preußische Strafgesetzbuch ist geeigneten Orts vergleichende Rücksicht genommen, wie sie seiner, nach den dermaligen Verhältnissen hervorragenden Bedeutung entspricht. Stf.

79.

Dadurch, daß die Strafkammer sich nach §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. für unzuständig erklärt, wird kein Competenz-Conflict im Sinne des §. 20 der Str.P.O. herbeigeführt.

Gegen jenen Ausspruch der Strafkammer hat die Staatsanwaltschaft kein Rechtsmittel, weder das der Nichtigkeitsbeschwerde, noch das der Beschwerdeführung.

Zum Vollzug jenes Ausspruchs bedarf es nicht etwa eines neuen Verweisungsbeschlusses, sondern nur der Mittheilung der Acten an den Schwurgerichtspräsidenten.

Nach Ziff. 5 des §. 373 der Str.P.O. begeht die Strafkammer des Kreisgerichts, welche den Angeschuldigten eines Verbrechens für schuldig erklärt, das ihre in §. 26 I. der Gerichtsverf. bezeichnete Gerichtsbarkeit übersteigt, und nach Ziff. 6 des §. 373 der Str.P.O. auch dann eine Nichtigkeit, wenn sie eine Strafe ausspricht, welche die in §. 26 I. der Gerichtsverfassung den Strafkammern gezogene Gränze überschreitet.

Daraus folgt, daß die Strafkammer nicht in den Fall gesetzt werden darf, ein Urtheil über ein Verbrechen zu geben, zu dessen Aburtheilung nicht sie, sondern das Schwurgericht berufen ist; sie kann also nicht zur Erlassung eines Urtheils gezwungen werden, welches den Keim der Nichtigkeit in sich tragen würde. Es kann ihr aber auch nicht zugemuthet werden, ihrer Ueberzeugung Gewalt anzuthun, um nicht bezüglich des an sie verwiesenen Verbrechens eine Qualifikation anzunehmen, welche ihr den Ausspruch einer, ihre Gerichtsbarkeit überschreitenden Strafe gebieten würde. Deßhalb ist den Strafkammern das Recht eingeräumt, in einem vor sie verwiesenen und vor ihr verhandelten Straffalle vor Allem zu prüfen, ob sich derselbe zu ihrer Gerichtsbarkeit eigne.

Hält die Strafkammer die Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts in dem vor ihr verhandelten Falle für begründet, so kann sie nach Vorschrift des §. 247 der Str.P.O. der Aburtheilung des Falls sich nicht entziehen, sondern der §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. gibt ihr das Recht, beziehungsweise legt ihr die Pflicht auf, sich für unzuständig zu erklären, nur in dem Falle, wenn sie auf

Digitized by Google

Grund der mündlichen Hauptverhandlung die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die That wegen ihrer Beschaffenheit zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichtes, d. h. wegen ihrer gesetzlichen Qualität nach Beilage II. zu §. 30 d. Gerichtsverfassung vor das Schwurgericht gehöre.

Vrgl. Jolly, E.B. zu §. 247 des Entwurfs einer Str.P.O.

Den Amtsgerichten ist im zweiten Absatz des §. 314 der Str.P.O. dasselbe Recht jedoch mit der Beschränkung eingeräumt, daß sie sich dem Ausspruch der Rathskammer fügen müssen.

Jener Absatz verordnet nämlich:

„Hält sich das Amtsgericht wegen **der Beschaffenheit der That** für nicht zuständig, so hat es unter gehöriger Begründung seiner Ansicht die Acten dem Staatsanwalte zur Vorlage an die Rathskammer mitzutheilen. Die letztere kann jedoch auch in diesem Falle, nach Vernehmung des Staatsanwalts, die Sache an das Amtsgericht zur Aburtheilung zurückweisen."

Hiermit im Wesentlichen übereinstimmend schreibt §. 323 der Str.P.O. für Privatanklagesachen vor:

„Das Amtsgericht ordnet nach beendigter Voruntersuchung, oder wenn es eine solche nicht für nothwendig erachtet, sofort eine Hauptverhandlung an, in so fern die Sache an sich zur Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts gehört.

Ist dieses nicht der Fall, oder hält das Amtsgericht dafür, daß eine, seine Strafbefugniß übersteigende Strafe gegen den Angeklagten zu erkennen sei, so legt es mit kurzer Begründung seiner Ansicht die Akten der Raths- und Anklagekammer des Kreisgerichts vor, welche die Hauptverhandlung anordnet, ohne daß es eines Verweisungsbeschlusses im Sinne des §. 207 bedarf.

Die Raths- und Anklagekammer kann jedoch die Sache an das Amtsgericht zurückweisen, wenn sie an sich nicht zur Gerichtsbarkeit des Kreisgerichts gehört und die Raths- und Anklagekammer nur eine zur Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts gehörige Strafe für begründet erachtet."

Den Strafkammern ist zwar diese Selbstverläugnung nicht zugemuthet, allein sie dürfen sich erst dann für unzuständig erklären, wenn sie durch die vor ihnen gepflogene Hauptverhandlung den Fall in seiner ganzen Beschaffenheit kennen gelernt haben.

Der erste Fall einer solchen Unzuständigkeitserklärung von Seiten der Strafkammer, welcher an großh. Oberhofgericht gebracht wurde, gab Anlaß zu eingehenden Erörterungen präjudicieller Fragen, die von der Staatsanwaltschaft am großh. Kreis- und Hofgerichte Constanz angeregt wurden.

Der Fall eignet sich deßhalb vorzugsweise zur Besprechung in diesen Blättern. Er ist folgender:

J. U.S.
gegen
Adam Kustermann von Rielhofen,
wegen eines falschen Zeugnisses,

war dieser, in Haft gerathene, Angeklagte nach Antrag des Staatsanwalts vor die Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts Constanz deßhalb verwiesen worden, weil er wissentlich falsch vor Gericht angegeben und eidlich bekräftigt hatte, er sei auf der Straße seiner Habe beraubt worden.

Sowohl die Staatsanwaltschaft als die Raths- und Anklagekammer war dabei von der Ansicht ausgegangen, daß hier der Milderungsgrund des §. 490 des Str.G.B. zu berücksichtigen sei.

Die Strafkammer (Abtheilung Waldshut) nahm am 25. April 1865 die mündliche Hauptverhandlung vor, erklärte sich aber nach deren Beendigung für unzuständig und sprach aus, daß diese Sache von dem Schwurgericht zu erledigen sei, weil der Milderungsgrund des §. 490 des Str.G.B. hier nicht vorliege.[1])

Hiergegen ward von der Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde angezeigt und eventuell Beschwerde geführt.

Die Staatsanwaltschaft führte nämlich aus:

„Das großh. Kreisgericht Waldshut hat zum Nachtheil des Angeklagten gegen die, in dem Verweisungsbeschlusse des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz

---

[1]) Der in §. 490 des Str.G.B. vorgesehene mildere Fall des falschen Zeugnisses oder Gutachtens ist weder in Beil. I. zu §. 15 noch in Beil. II. zu §. 30 der Gerichtsverfassung erwähnt, daher nach §. 26 I. der Gerichtsverfassung von den Kreisgerichten als Strafkammern zu erledigen. Nach dem Wegfall des Milderungsgrunds des § 490 des Str.G.B. ist für diese Strafsache der §. 487. 2 des Str.G.B. allein maaßgebend und dann nach Ziff. 31 der Beil. II. zu §. 30 der Gerichtsverfassung die Gerichtsbarkeit des Schwurgerichts begründet.

Digitized by Google

vom 28. März l. J. niedergelegte Ansicht angenommen, daß der Strafmilderungsgrund des §. 490 des Str.G.B. hier nicht vorliege, und deßhalb die Sache von dem Schwurgericht zu erledigen sei.

Diese Ansicht des großh. Kreisgerichts Waldshut ist aber eine irrthümliche (?), indem der erwähnte Strafmilderungsgrund hier allerdings Platz greift und deßhalb diese Sache von der Strafkammer des Kreisgerichts hätte abgeurtheilt werden sollen.

Das Gesetz (!) ist sonach zum Nachtheil des Verurtheilten, beziehungsweise Angeklagten unrichtig ausgelegt worden, es findet daher nach §. 373 Ziff. 7 die Nichtigkeitsbeschwerde statt. Eventuell will ich jedoch die Beschwerdeführung nach §. 412 der Str.P.O. geltend gemacht haben.

In Gemäßheit des §. 385 der Str.P.O. stelle ich den

Antrag:

„das großh. Oberhofgericht wolle das oben allegirte Erkenntniß aufheben und entweder selbst dasjenige Urtheil erlassen, welches das vordere Gericht hätte erlassen sollen [2]), oder aber die Sache an ein anderes Gericht zur Verhandlung und Entscheidung verweisen."

Das großh. Oberhofgericht erließ jedoch am 18. Mai 1865 folgendes

Erkenntniß:

Die von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Erkenntniß des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz, Strafkammerabtheilung Waldshut, vom 25. April d. J., No. 1207, anher eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde und eventuell geltend gemachte Beschwerdeführung werden als unzulässig verworfen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß gegen das Erkenntniß, wodurch sich ein Gericht als unzuständig erklärt, weil die Sache vor ein höheres Gericht gehöre, dem Staatsanwalt kein Rechtsmittel eingeräumt ist;

in Erwägung nämlich, daß der §. 375 Ziff. 2, vergl. mit §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. hier deßhalb keine Anwendung findet, weil die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen Urtheile, d. h. Enderkenntnisse stattfindet, die Strafkammer aber in dem vorliegenden Falle kein Urtheil gefällt, vielmehr die Erlassung eines solchen abgelehnt hat;

in Erwägung, daß ebensowenig dem Staatsanwalt in solchem Falle eine Beschwerdeführung zusteht, wie sich aus Vergleichung der §§. 212. 213 Ziff. 2 der Str.P.O. ergibt, worin nicht dem Staatsanwalt, sondern nur dem Angeschuldigten das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen den Verweisungsbeschluß unbedingt zusteht, um nachzuweisen, daß die Aburtheilung der That nicht vor dasjenige Gericht gehöre, an welches sie verwiesen wurde;

in Erwägung endlich, daß auch keiner der in §. 412 der Str.P.O. zu einer Beschwerdeführung geeigneten Fälle vorliegt, indem die großh. Strafkammer insbesondere dadurch, daß sie sich nach ihrem, zufolge §. 248 Abs. 4 Str.P.O. entscheidenden Ermessen für unzuständig erklärte, eines ungesetzlichen Verfahrens sich nicht schuldig gemacht hat,

ist — wie geschehen — erkannt worden.

Der großh. Staatsanwalt trug hierauf in einer Eingabe vom 24. Mai 1865 vor:

„Nachdem durch dortiges hohes Erkenntniß vom 18. Mai d. J. No. 1223 das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der Beschwerdeführung als unzulässig verworfen worden ist, so sehe ich mich veranlaßt, auf den Grund des §. 20 der Str.P.O. an den obersten Gerichtshof geziemend den Antrag zu stellen, darüber zu entscheiden, welches Gericht, ob die Strafkammer oder das Schwurgericht, das zur Verhandlung und Aburtheilung zuständige Gericht sei.

Von der Raths- und Anklagekammer wurde nämlich verfügt, daß diese Sache nicht an das Schwurgericht, sondern an die Strafkammer zu verweisen sei. Dagegen hat die Strafkammer sich als unzuständig erklärt, weil diese Sache vor ein höheres Gericht, nämlich vor das Schwurgericht gehöre.

Demnach besteht ein Competenzconflict (?), welcher nach §. 20 der Str.P.O. vom großh. Oberhofgericht zu entscheiden ist. Zwar spricht der erwähnte §. 20 nicht von der Gerichtsbarkeit, sondern von der Zuständigkeit. Allein diese Bestimmung wird in Ermangelung einer weiteren Vorschrift analog auch auf einen Conflict über die Gerichtsbarkeit

[2]) Dazu wäre aber doch wohl ein vorausgegangenes Urtheil der Strafkammer in der Hauptsache und die Feststellung der als wahr anzunehmenden Thatsachen in den Entscheidungsgründen nöthig gewesen. §. 373 Ziff. 7 vergl. mit §. 385 Abs. 2 der Str.P.O.

Digitized by Google

Anwendung finden, indem sonst auf eine andere Weise die Sache nicht zur Erledigung gebracht werden könnte.

Was nun die Sache selbst betrifft, so erscheint die Incompetenzerklärung der Strafkammer, Abtheilung Waldshut, weder formell noch materiell gerechtfertigt. Denn die Raths- und Anklagekammer hat dadurch, daß sie den Strafmilderungsgrund des §. 490 des Str.G.B. als vorhanden angenommen und die Sache an die Strafkammer verwiesen, ausgesprochen, daß der §. 487 des Str.G.B. nicht seine volle Anwendung finde, daß somit die schwerere Qualifikation des Meineides nicht vorliege, sich die Sache mithin nicht zur schwurgerichtlichen Aburtheilung eigne. Es ist also hier der gleiche Fall vorhanden, wie wenn Jemand eines gefährlichen Diebstahls beschuldigt ist, von der Raths- und Anklagekammer aber angenommen wird, daß kein gefährlicher, sondern nur ein erschwerter Diebstahl vorliege, und deßhalb die Sache nicht an das Schwurgericht, sondern an die Strafkammer verwiesen wird.

In einem solchen Falle kann die Strafkammer gegenüber der Anklagekammer oder dem Staatsanwalt eine abweichende Ansicht nicht geltend machen. Es liegt in der Natur des Anklageprozesses, daß die Anklagebehörden zu **bestimmen** haben, inwieweit dieser oder jener erschwerende Umstand, diese oder jene höhere Qualification zum Gegenstand **der Anklage** gemacht werden soll oder nicht. Das Gericht kann auf keine Weise über die Anklage hinausgehen [3]), und es würde offenbar in die Rolle des Anklägers eingreifen, wenn es ihn nöthigen wollte, ein schwereres Verbrechen oder eine höhere Qualification zum Gegenstand der Anklage zu machen.

Jahrb. des Oberhofgerichts n. F. Jahrg XIII. S. 30 ff., insbesondere S. 32.

Darnach war die Strafkammer nicht befugt [4]), die Incompetenzerklärung auszusprechen.

Zudem ist in dem Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands von Temme, Bd. V. S. 268 in der Note die in den Annalen und von dem obersten Gerichtshof früher ausgesprochene Ansicht widerlegt und dargethan, daß in derartigen Fällen der Strafmilderungsgrund des §. 490 d. Str.G.B. als vorhanden anzunehmen sei", somit die Sache nicht vor das Schwurgericht, sondern vor das Hofgericht, jetzt Strafkammer gehöre. Nach dieser Ansicht wurde auch von dem ehemaligen Hofgericht und der Anklagekammer des Seekreises in mehreren Fällen erkannt.

An großh. Oberhofgericht stelle ich daher geziemend den

Antrag:

„den zwischen der Raths- und Anklagekammer und der Strafkammer entstandenen Competenzconflict dahin entscheiden zu wollen, daß die Strafkammer, Abtheilung Waldshut, sich der Hauptverhandlung und Aburtheilung dieser Sache zu unterziehen habe."

Dieser Eingabe folgte eine weitere vom 31. Mai des Inhalts:

„Unter Bezug auf diesseitigen Antrag vom 24. d. M. No. 988 habe ich die Ehre, die Untersuchungsacten in obigem Betreff mit dem Beifügen ergebenst vorzulegen, daß die Strafkammer nicht befugt war, auszusprechen, daß diese Sache von dem Schwurgericht zu erledigen sei, sondern dieselbe sich nur für unzuständig erklären konnte, und es nunmehr lediglich Sache des großh. Oberhofgerichts sein wird, zu entscheiden, ob diese Sache vom Schwurgericht oder vom Kreisgericht zu erledigen sei."

Der Gerichtshof verfügte hierauf am 3. Juni 1865:

„Der großh. Staatsanwaltschaft am Kreis- und Hofgericht Constanz wird auf ihre Anträge vom 24. und 31. v. M. unter Rücksendung der vorgelegten Akten eröffnet:

Die Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts Constanz, Abtheilung Waldshut, hat auf den Grund der am 2[illegible]. April d. J. gepflogenen mündlichen Hauptverhandhandlung gefunden, daß die That wegen ihrer Beichaffenheit zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichts gehöre, und daraufhin sich zur Aburtheilung der rubrizirten Strafsache für unzuständig erklärt, auch dem Schlußsatze des §. 248 der Str.P.O. gemäß, wornach sie selbst das Geeignete zur Einleitung weitern Verfahrens zu verfügen hat, ausgesprochen, daß dieselbe von dem Schwurgericht zu erledigen sei, und demzufolge der großh. Staatsanwaltschaft die Akten zur weitern Amtshandlung mitgetheilt. Hiernach liegt der Fall des §. 20 der Str.-P.O. hier nicht vor, daß verschiedene Gerichte über die örtliche Zuständigkeit zur Einleitung und Füh-

---

[3]) Siehe §. 248 der Str.P.O.

[4]) Siehe §. 248 Abs. 4 der Str.P.O.

Digitized by Google

rung einer Untersuchung verschiedener Ansicht sind, und ist daher ein Anlaß zur Entscheidung eines Competenz-Conflictes nicht gegeben. Einerseits war die Strafkammer nach §. 248 der Str.P.O. vollkommen berechtigt, sich für unzuständig zu erklären, und andererseits darf sich das Schwurgericht nunmehr nach dem Schlußsatz des §. 247 der Str.P.O. der Aburtheilung dieser Sache nicht entziehen.

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, daß der von der Raths- und Anklagekammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz vom 28. März 1865 erlassene Verweisungsbeschluß insoweit fortbesteht, als er nicht durch das Erkenntniß der Strafkammer vom 25. April d. J. eine Abänderung erlitten hat; hiernach ist aber nur der Milderungsgrund des §. 490 der Str.P.O. von demselben ausgeschieden, wodurch die schwurgerichtliche Gerichtsbarkeit als begründet erscheint.

Zufolge §. 215 der Str.P.O. wird der großh. Staatsanwaltschaft nunmehr überlassen, die Anklageschrift gegen den verhafteten Angeklagten ohne weitere Zögerung dem Schwurgerichtshofe zu übergeben."

Die Staatsanwaltschaft gab jedoch dieser in die mildere Form einer belehrenden Auseinandersetzung gekleideten Verwerfung ihres Antrags keine Folge, sondern reichte nochmals eine Eingabe vom 11. Juni 1865 folgenden Inhalts ein:

„Auf den dortigen hohen Erlaß vom 3. d. M., No. 1342 und 1342 a, habe ich zu erklären, daß ich mich nach dem gegenwärtigen Stand der Sache nicht für berechtigt und nicht für verpflichtet halte, jetzt schon die Anklageschrift zu übergeben, und zwar deßhalb, weil noch keine zuständige Behörde entschieden hat, daß diese Sache vom Schwurgericht zu erledigen sei.

Aus den §§. 199. 207 u. 212 der Str.P.O. geht nämlich hervor, daß nur die Raths- und Anklagekammer, beziehungsweise der oberste Gerichtshof die Verweisung des Angeschuldigten vor das Gericht, welches in der Hauptsache zu urtheilen hat, aussprechen kann. Die Strafkammer ist aber nicht befugt, eine solche Verweisung auszusprechen, sondern die Strafkammer kann, wenn sie findet, daß die That wegen ihrer Beschaffenheit zur Gerichtsbarkeit eines höheren Gerichtes gehört, nach §. 248 der Str.P.O. nur sich für unzuständig erklären und das Geeignete zur Einleitung des **weiteren Verfahrens** verfügen.

Diese letztere Bestimmung kann aber unmöglich dahin ausgelegt werden, daß die Strafkammer endgültig und bindend die Verweisung der Sache an das erkennende Gericht beschließen kann. Denn die Bestimmung in §. 248 Abs. 3 findet in Gemäßheit des §. 301 der Str.P.O. auch auf das Verfahren vor den Amtsgerichten Anwendung. Nun wird aber doch Niemand behaupten wollen, daß ein Amtsgericht, wenn es glaubt, daß die Sache vor ein höheres Gericht, Kreisgericht oder Schwurgericht — gehöre, endgültig und bindend die Verweisung der Sache an dieses höhere Gericht beschließen kann.[5]) In einem solchen Falle kann das Amtsgericht nur seine Unzuständigkeit erklären und die Akten dem Staatsanwalt zur Antragstellung bei der Raths- und Anklagekammer mittheilen. Ebenso verhält es sich bei der Strafkammer.[6]) Wenn aber die Raths- und Anklagekammer bereits ausgesprochen hat, daß die Sache nicht vor das Schwurgericht, sondern vor das Kreisgericht gehöre, so kann selbstverständlich bei dieser Kammer der Antrag auf Verweisung der Sache an das Schwurgericht nicht mehr gestellt werden, weil die Raths- und Anklagekammer ihren eigenen frühern Beschluß nicht selbst wieder aufheben darf und aufheben wird.[7]) Die Strafkammer hat daher die Akten dem Staatsanwalt mitzutheilen, welcher die Entscheidung des Competenzconflicts zu veranlassen hat.

In der Wissenschaft ist anerkannt, daß in einem solchen Falle, wie der vorliegende, wenn nämlich die Raths- und Anklagekammer die Sache vor das gewöhnliche Gericht verweist, dieses sich aber für incompetent erklärt, weil die Sache vor das Schwurgericht gehöre, ein Competenzconflict besteht, und daß dieser Conflict namentlich auf Veranlassung von Seite der Staatsbehörde von dem Cassationshof, dem obersten Gerichtshof, zu entscheiden ist.

Höchster, Lehrbuch des franz. Strafprozesses §. 343 und 344.

Gerichtssaal, Jahrg. V. I. Band S. 497 Note.

Jahrb. des Oberhofger. n. F. Jahrg. XIII. S. 33 und 34.

Es dürfte sich dieses schon aus der Natur der Sache ergeben, da die Strafkammer nicht eine der Raths- und

[5]) Siehe §. 314 der Str.P.O. Abs. 2.
[6]) Siehe §. 248 Abs. 4.
[7]) Siehe §. 213. 2 der Str.P.O.

Digitized by Google

Anklagekammer vorgesetzte, sondern eine coordinirte Behörde ist, also auch den Verweisungsbeschluß der Raths- und Anklagekammer nicht aufheben oder abändern kann.[2]) Wir haben zwar über derartige Conflicte keine allgemeinen Bestimmungen, wie in dem französischen Strafprozeß; in Ermanglung einer besondern Bestimmung muß daher die Vorschrift in §. 20 der Str.P.O. analog Anwendung finden, weil sonst die Sache nicht zu Ende gebracht werden könnte.

Der §. 247 Abs. 2 der Str.P.O. greift offenbar nur dann Platz, wenn die zuständige Behörde die Verweisung der Sache an ein höheres Gericht beschlossen hat, nicht aber dann, wenn ein Gericht sich für unzuständig erklärt hat.

Es ist zwar sehr zu bedauern, daß die Erledigung dieser Sache durch den unglücklichen Competenzconflict so lange verzögert wird. Allein es handelt sich hier um eine der wichtigsten principiellen Fragen, welche gründlich erörtert und definitiv entschieden werden muß, umsomehr, als, wenn ohne Verweisung an das Schwurgericht von einer zuständigen Behörde die Anklageschrift übergeben würde, zu gewärtigen wäre, entweder, daß der Schwurgerichtshof oder die Raths- und Anklagekammer die Anklage zurückweist, weil noch keine zuständige Behörde die Verweisung an das Schwurgericht ausgesprochen hat, oder daß das Verfahren aus demselben Grunde als nichtig angefochten wird, wodurch die Erledigung der Sache noch länger aufgehalten würde. Uebrigens wird seiner Zeit bei Ausmessung der Strafe auf die ungebührliche Dauer des Verhafts Rücksicht genommen werden.

Ich muß deßhalb unter Wiedervorlage der Acten dringend bitten, den bestehenden Competenzconflict zu erledigen, nämlich auszusprechen, ob diese Sache von dem Schwurgericht oder von der Strafkammer [1]) zu erledigen sei."

[1]) Dies geschieht durch die Erklärung nicht, daß die Strafkammer zur Ueberzeugung gelangt sei, daß nicht sie, sondern nur das Schwurgericht zur Aburtheilung befugt sei.

[2]) An dieselbe Strafkammer, die sich für unzuständig erklärt hatte, konnte die Sache auf keinen Fall zurückgewiesen werden, da ihr die Annahme eines Milderungsgrundes nicht gegen ihre Ueberzeugung weder von der Raths- und Anklagekammer, noch von dem Oberhofgericht aufgenöthigt und befohlen werden kann.

In meinem Antrag vom 24. v. M., No. 988, glaube ich zur Genüge nachgewiesen zu haben, daß die Incompetenzerklärung der Strafkammer, Abtheilung Waldshut, weder formell noch materiell gerechtfertigt ist, daher ich den daselbst gestellten Antrag wiederhole.

Sollte großh. Oberhofgericht in dieser Sache eine Entscheidung des Competenzconflicts verweigern, so bitte ich, die Akten mit meinen Anträgen dem großh. Justizministerium vorzulegen, indem ich nur auf Weisung der mir vorgesetzten Dienstbehörde mich entschließen könnte, eine Anklageschrift zu übergeben, ohne daß vorher von einer zuständigen Behörde eine Verweisung an das Schwurgericht ausgesprochen worden wäre."

Die großh. Staatsanwaltschaft wurde jedoch auf den oberhofgerichtlichen Erlaß vom 3. Juni verwiesen, worin bereits ausgesprochen sei, daß in vorliegender Sache ein Anlaß zu Entscheidung eines Competenzconflicts nicht gegeben sei und zugleich die gesetzlichen Bestimmungen angegeben worden seien, auf Grund welcher man den großh. Staatsanwalt für verpflichtet halte, nunmehr die Anklage ohne weitere Zögerung zu erheben.

Nun wurde durch die Raths- und Anklagekammer folgende Erklärung der widerstrebenden Staatsanwaltschaft vom 27. Juni 1865 vorgelegt:

„In Folge des dortigen Erlasses vom 14. d. Mts., No. 1424, habe ich die Anklageschrift der Raths- und Anklagekammer und nicht, wie in dem Erlaß vom 3. d. M., No. 1342, verfügt war, dem Schwurgerichtshof übergeben, weil die Raths- und Anklagekammer es ist, welche die Anklageschrift dem Angeklagten mitzutheilen, überhaupt das Vorbereitungsverfahren bis zur Hauptverhandlung zu pflegen hat (vergl. Amann zu Str.P.O. §. 218 Anm. 3), während der Schwurgerichtshof erst bei der Hauptverhandlung in Funktion tritt. Von der Raths- und Anklagekammer wurde aber mit Verfügung vom 24. v. Mts., No. 4971, weil noch keine zuständige Behörde eine Verweisung an das Schwurgericht ausgesprochen hat, die Anklageschrift zurückgewiesen, und der Staatsanwaltschaft überlassen, eine oberstrichterliche Entscheidung des bestehenden Competenzconflicts herbeizuführen. Zu diesem Beschluß war die Raths- und Anklagekammer unzweifelhaft befugt. Plank, systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens S. 317.

Digitized by Google

Ich sehe mich daher veranlaßt, lediglich den am 24. und 31. v. Mts., sowie am 11. d. Mts. gestellten Antrag zu wiederholen, daß nämlich großh. Oberhofgericht den bestehenden Competenzconflict entscheiden, d. h. aussprechen wolle, ob diese Sache vom Schwurgericht oder Kreisgericht (Strafkammer) zu erledigen sei."

Hierauf gab das großh. Oberhofgericht der Raths- und Anklagekammer mit Verfügung vom 13. Juli 1865 zu erkennen:

„Mit Beschluß vom 3. und 14. Juni d. J., wovon Abschriften anliegen, hat das Oberhofgericht sich bereits dahin ausgesprochen, daß hier ein Anlaß zur Entscheidung eines Competenzconflicts nicht vorliegt, sondern daß der dortige Verweisungsbeschluß vom 28. März d. J. insoweit fortbesteht, als er nicht durch das Erkenntniß der Strafkammer vom 25. April d. J. eine Abänderung erlitten hat, — daß hiernach nur der Milderungsgrund des §. 490 des Str.G.B. von demselben ausgeschieden ist, wodurch die Gerichtsbarkeit des Schwurgerichts als begründet erscheint. Die Staatsanwaltschaft wurde als verpflichtet erklärt, die Anklageschrift ohne weitere Zögerung einzureichen.

Dieses ist nun geschehen, und die großh. Anklagekammer wird, den Ausspruch des obersten Gerichtshofs vollziehend, die Anklageschrift nebst einer Abschrift der oberhofgerichtlichen Beschlüsse vom 3. und 14. Juni und vom Heutigen dem Angeklagten zustellen, das Weitere gesetzlicher Ordnung nach vorkehren, auch die großh. Staatsanwaltschaft von allem diesem benachrichtigen und, wie geschehen, binnen 14 Tagen hierher berichten."

In ihrem Bericht vom 2. August 1865 zeigte dann die Raths- und Anklagekammer den Vollzug an, mit dem Beifügen, daß die Akten nunmehr dem Präsidenten des künftigen Schwurgerichts behufs Anordnung der Hauptverhandlung mitgetheilt worden und die Staatsanwaltschaft hiervon benachrichtigt sei.

Hiermit erst war diese Sache endlich erledigt, wogegen die folgende ähnliche weit einfacher verlief.

J. A.S.
gegen
M. Lienhard und J. M. Hägele von Freiburg
wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung,

hatte der großh. Staatsanwalt bei dem Kreis- und Hofgericht Freiburg Ende Juni und Anfangs Juli v. J. 4 Anklagen gegen den Redakteur des Freiburger Boten wegen durch die Presse begangener Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung erhoben. Sie wurden mit Umgehung einer Voruntersuchung bei der Raths- und Anklagekammer des Kreis- und Hofgerichts eingereicht, und dort zur Verhandlung an die Strafkammer verwiesen. — In der ersten Anklage, welche am 22. Juni wegen zweier Artikel in No. 66 des Freiburger Boten erhoben wurde, ging der Antrag auf Erkennung einer Kreisgefängnißstrafe von 6 Wochen. Am 28. Juni kam noch ein Nachtrag zu dieser Anklage wegen zweier weiter inkrimminirter Artikel in No. 67 des genannten Blatts mit dem Antrag ein, den Angeklagten in eine weitere Kreisgefängnißstrafe von 4 Wochen zu verurtheilen. — Am 29. Juni erhob sodann der Staatsanwalt Anklage wegen eines Artikels in No. 69 des Blattes mit dem Antrag, den Angeklagten in eine Amtsgefängnißstrafe von 8 Wochen und in eine Geldstrafe von 50 fl. zu verurtheilen.

(Schluß folgt.)

Anzeige.

Mit Nummer 24 endigt das erste Semester der Annalen des Jahres 1867. Die Bestellungen auf das zweite Semester wollen gefällig bei den großh. Postämtern gemacht werden. Der Preis für dasselbe beträgt 3 fl.

Mannheim, im Juni 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 25.

(Schluß von Art. 79.)

Am 1. Juli folgte eine dritte Anklage wegen eines — durch einen Artikel in No. 70 des Blatts begangenen Versuchs der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung mit dem Antrag auf Erkennung einer Amtsgefängnißstrafe von 4 Wochen — und endlich wurde am 7. Juli eine Anklage wegen eines weitern Artikels in No. 69 nicht allein gegen den genannten Redakteur, sondern auch gegen den Verfasser des Artikels erhoben, mit dem Antrag, jeden der beiden Angeklagten in eine Amtsgefängnißstrafe von 6 Wochen und in eine Geldstrafe von 25 fl. zu verurtheilen.

Die erste Anklage wurde von der Raths- und Anklagekammer am 22. Juni der Strafkammer zur Verhandlung überwiesen, der Nachtrag dazu — am 28. Juni, die zweite Anklage — am 30. Juni, die dritte — am 3. Juli, und die vierte — am 13. Juli. — Die Strafkammer setzte Tagfahrt zur Verhandlung über alle vier Anklagen auf den 1. August und später — auf ein Tagfahrts-Verlegungsgesuch der Angeklagten — auf den 16. August an.

In dieser Tagfahrt regte der Vorsitzende der Strafkammer zuvörderst die Frage der Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Aburtheilung der 4 Anklagen an, indem er darauf hinwies, daß die in denselben beantragte Freiheitsstrafe im Ganzen 28 Wochen, folglich mehr, als 6 Monate betrage, während die Aburtheilung von Preßvergehen, welche von Amtswegen zu verfolgen seien, nach dem Gesetz über die Gerichtsverfassung Beil. II. Ziff. 42 in dem Falle, wenn der Staatsanwalt auf eine höhere Freiheitsstrafe als 6 Monate Gefängniß angetragen habe, vor die Schwurgerichte gehöre. Der Staatsanwalt suchte darauf die Zuständigkeit der Strafkammer darzuthun, indem er unter Bezugnahme auf den Aufsatz in den oberhofger. Jahr. N. F. XIII. S. 396 ff. erklärte, daß sämmtliche Anklagen, als getrennt eingereicht und verwiesen, auch getrennt zu verhandeln und abzuurtheilen seien, daß er bei ihrer Erhebung eine gleichzeitige Aburtheilung nicht habe voraussetzen können, daß übrigens jedenfalls seine Strafanträge nach §. 170 ff. d. Str.G.B. zu berechnen und darnach höchstens 22 Wochen Gefängniß als beantragt anzusehen seien. — Die Angeklagten erklärten dagegen, daß sie die Gerichtsbarkeit des Schwurgerichts für begründet hielten. — Dieser letztern Ansicht trat die Strafkammer bei und erklärte sich auf Grund des §. 248 Abs. 4 der Str.P.O. durch Erkenntniß vom 16. August als zur Aburtheilung der Anklagen unzuständig.

Dagegen erhob nun der Staatsanwalt in einer am 17. August eingelangten Eingabe Beschwerde nach §. 412 der Str.P.O. und eventuell auf Grund des §. 373 ff. Ziff. 7 der Str.P.O. die Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Erkenntniß der Strafkammer aufzuheben und dieselbe zur sofortigen Verhandlung der 4 Anklagen anzuweisen. Das großh. Oberhofgericht verwarf jedoch durch Erkenntniß vom 3. Sept. 1856,

in Erwägung, daß gegen das Erkenntniß, wodurch sich ein Gericht als zur Aburtheilung einer Strafsache um deßwillen unzuständig erklärt, weil dieselbe nach seiner Ansicht vor ein höheres Gericht gehört, dem Staatsanwalt weder eine Beschwerdeführung im Sinne des §. 412 der Str.P.O., noch eine Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. zusteht, — und zwar ersteres Rechtsmittel nicht, weil es durch die Bestimmungen der §§. 212 und 213 Ziff. 2 der Str.P.O., wonach eine Beschwerde gegen die Verweisung einer Sache vor das Schwurgericht unbedingt nur dem Angeschuldigten, nicht dem Staatsanwalt eingeräumt ist, als ausgeschlossen erscheinen muß (Ammann, Str.P.O. Anmerk. 5 zu §. 212), — letzteres Rechtsmittel nicht, weil es nach §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. nur gegen ein Urtheil, nicht gegen ein, die Erlassung eines Urtheils ablehnendes Erkenntniß stattfindet, —

die von der großh. Staatsanwaltschaft gegen das Erkenntniß des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Strafkammer, vom 16. August 1866 ergriffene Beschwerdeführung und eventuell geltend gemachte Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig.

Hierauf stellte der Staatsanwalt bei der Strafkammer

Digitized by Google

mit Bezugnahme auf den Schlußsatz des §. 248 d. Str.P.O. den Antrag, seine Anklagen vor das Schwurgericht zu verweisen. Die Strafkammer erledigte den Antrag damit, daß sie durch Beschluß vom 13. Sept. unter Bezug auf das Erkenntniß vom 16. August die Acten dem Schwurgerichtspräsidenten zur weitern Amtshandlung unmittelbar mittheilte und hiervon den beiden Angeklagten Nachricht gab.

Der Vorsitzende des Schwurgerichts setzte sodann durch Beschluß vom 21. Sept. Tagfahrt zur Hauptverhandlung auf den 6. Oktober an. Gegen diesen Beschluß, sowie gegen den von der Strafkammer am 13. Sept. erlassenen ergriff nun der Vertheidiger des M. Lienhard Beschwerde.

Dieses Rechtsmittel wurde von großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 1. Okt. 1866:

in Erwägung, daß sich die Strafkammer durch Erkenntniß vom 16. August als zur Aburtheilung der vorliegenden Anklage unzuständig erklärt hat,

in Erwägung, daß diesem Ausspruch, wenn man ihn mit den vorangegangenen Verhandlungen und den dem Erkenntniß beigefügten Gründen zusammenhält, zugleich die Bedeutung einer Verweisung der Sache vor das Schwurgericht zukommt, wie denn auch die Erlassung eines besonderen Verweisungsbeschlusses im Sinne des §. 207 der Str.P.O. nach dem Schlußsatz des §. 248 der Str.P.O. nicht erforderlich war,

in Erwägung, daß jenes Erkenntniß von den Angeklagten innerhalb der gesetzlichen Frist nicht angefochten wurde, demnach diesen gegenüber die Rechtskraft beschritten hat,

in Erwägung, daß die jetzt von dem Angeklagten M. Lienhard angefochtenen Beschlüsse v. 13. u. 21. v. M. nur proceßleitende Verfügungen sind, welche sich als nothwendige Folge jenes Erkenntnisses darstellen, nach Ansicht des §. 426 Abs. 2 der Pr.O. —

unter Verfällung des Beschwerdeführers in die dadurch veranlaßten Kosten, als unzuläßig verworfen.

Red.

80.

Ehenichtigkeit. Zwittereigenschaft.

In No. 5 S. 39 ff. der diesjährigen Annalen ist eine Entscheidung des großh. Kreisgerichts Waldshut mitgetheilt, wornach der klägerische Ehemann mit der gegen seine Ehefrau erhobenen Nichtigkeitsklage abgewiesen wurde, die auf den Grund behaupteter Zwittereigenschaft der letzteren gebaut war.

Gegen dieses Urtheil hat der Kläger appellirt und es kam diese Sache am 1. Februar d. J. bei dem Appellationssenat des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz zur Verhandlung, wobei von dem Oberstaatsanwalt in Gemäßheit des §. 1038 der bürgerl. Pr.O. folgender Vortrag gehalten wurde:

Die Entscheidung des großh. Kreisgerichts Waldshut steht vom principiellen Standpunkt betrachtet, mit dem Begriff und Wesen der Ehe und mit den civilistischen Grundsätzen über Nichtigkeit im Widerspruch.

Man muß im Eherecht, wie im Civilrecht überhaupt (vergl. Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. §. 204 S. 368 und 369 und Stabel, Vorträge über Civilrecht §. 46 ff.) und im Prozeßrecht unterscheiden zwischen Nichtigkeit (nullité) und Anfechtbarkeit (annulabilité) eines Aktes.

1) Eine Ehe ist nichtig (nul), wenn es an den wesentlichen Voraussetzungen zur Eingehung und Existenz einer Ehe fehlt.

2) Eine Ehe ist dagegen blos anfechtbar, (annulable oder cassable, wie die französische Jurisprudenz sich ausdrückt), wenn zwar die wesentlichen Voraussetzungen zur Eingehung und Existenz einer Ehe vorhanden sind, dieselbe aber an einem solchen Fehler leidet, wegen welchem sie nach dem Gesetze angefochten werden kann. Und hier unterscheidet man wieder zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit, je nachdem die Anfechtungsgründe im allgemeinen Interesse der bürgerlichen Gesellschaft und der öffentlichen Ordnung oder im besondern Interesse gewisser Personen eingeführt sind.

Der Unterschied zwischen mariage nul und mariage annulable ist ein sehr großer.

Im ersten Fall existirt gar keine Ehe, sie ist ipso jure nichtig, tout à fait nul, ein todtgeborener Akt, wie Demolombe sagt.

Im zweiten Fall hat zwar die Ehe eine wirkliche Existenz, sie ist aber ein kranker Akt, der den Todeskeim in sich trägt, der aber sehr oft geheilt werden kann.

Auch die Wirkungen dieser beiden Fälle sind sehr verschieden.

Denn im ersten Fall kann, eben weil die Ehe recht-

Digitized by Google

lich nicht existirt, weil gar keine Ehe, sondern nur ein einfaches Faktum ohne gesetzlichen Charakter und ohne juristische Existenz vorhanden ist, die Nichtigkeit weder durch Verjährung noch durch Genehmigung (L.R.S. 181 und 183) geheilt oder gedeckt werden. Hier gilt die Catonianische Regel des römischen Rechts: quod ab initio nullum est, ex post facto convalescere nequit.

Dagegen kann im zweiten Fall, wenn nämlich die Ehe blos annulable ist, die Nichtigkeit oder vielmehr Anfechtbarkeit sehr häufig, nämlich bei den s. g. relativen Nichtigkeiten durch Verjährung und Genehmigung geheilt oder gedeckt werden.

Diese Unterscheidung ist es nun, welche das großh. Kreisgericht Waldshut gänzlich außer Acht gelassen hat.

Wann ist die Ehe nichtig (nul) im eigentlichen, strengen und philosophischen Sinne des Wortes?

Die Ehe ist, wie schon gesagt, ipso jure nichtig (tout à fait nul), wenn es an den wesentlichen Voraussetzungen zur Eingehung und Existenz einer Ehe fehlt.

Zu diesen unbedingt wesentlichen Voraussetzungen gehört nun außer der Einwilligung der Ehegatten und der Trauung vor dem zuständigen bürgerlichen Standesbeamten insbesondere die Geschlechtsverschiedenheit (la différence de sexe.)

Diese letztere Voraussetzung ergibt sich schon aus dem Begriff und Wesen der Ehe. Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens §. 1 J. de patria potest. (1. 9.) l. 1. D. de ritu nupt (23. 2.)

Zum Begriff und Wesen der Ehe gehört also eine Verbindung von Personen verschiedenen Geschlechts. Findet eine Trauung statt zwischen zwei Personen desselben Geschlechts, zwischen Mann und Mann, oder Frau und Frau, so ist die Ehe ipso jure nichtig, eben weil in einem solchen Fall gar keine Ehe existirt. Nullum est matrimonium, il n'y a pas de mariage.

Eben dieses ist der Fall bei einer Trauung mit einem Zwitter, insofern bei demselben das gleiche Geschlecht überwiegt. Quaeritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet sagt Ulpian in l. 10. D. de statu hom. (1. 5.)

Aechte Hermaphroditen, d. h. Doppelorgane und Doppelfunktionen beiderlei Geschlechter in einem Individuum kommen beim Menschen nicht vor. Es lehrt die Erfahrung, daß fast immer das männliche Geschlecht überwiegt und „weibliche Zwitter" sind fast gar nicht bekannt geworden. Vergl. Casper praktisches Handbuch der gerichtl. Medicin Bd. I. §. 6 S. 83 ff.

Ist nun der Zwitter ein s. g. Mannszwitter, d. h. ist bei demselben das männliche Geschlecht überwiegend, so erscheint die Ehe mit einem Manne als nichtig (tout à fait nul) im eigentlichen Sinne des Worts. Und es kann diese Nichtigkeit weder durch Verjährung noch durch nachträgliche Genehmigung geheilt oder gedeckt werden. Quod nullum est, non producit effectum et confirmari non potest.

Mit dem bisher Gesagten im Wesentlichen übereinstimmend hat sich bereits Marcadé I. p. 454 seq. No. 617. 618. 620, insbesondere aber auch der vom großh. Kreisgericht Waldshut citirte Demolombe ausgesprochen, dieser jedoch an einer anderen Stelle nämlich T. III. p. 373 seq. No. 237—242, wo er sich in No. 242 auf Merlin Rep. T. V. sub voce Hermaphrodite beruft.

Von dem bisher erwähnten Falle wesentlich verschieden ist aber der vom großh. Kreisgerichte Waldhut unterstellte Fall, wenn nämlich ein Irrthum in der Person unterlaufen ist, wohin auch der Fall der Unfähigkeit zur Vollziehung des Beischlafs gehört. Im letzteren Fall ist die Ehe nicht ipso jure nichtig, sondern nur annulable. Es liegt blos ein sog. relativer Anfechtungsgrund vor, es kann daher die Anfechtbarkeit durch Verjährung und Genehmigung (L.R.S. 181 und 183) geheilt oder gedeckt werden. Und auf diesen letztern Fall bezieht sich allein das in den Waldshuter Entscheidungsgründen angeführte Citat von Sirey und Demolombe T. III. No. 254. Mit diesem Fall darf aber nicht, wie vom großh. Kreisgericht Waldshut geschehen, die Nichtigkeit wegen Mangels der Geschlechtsverschiedenheit verwechselt werden.

Ce serait, wie Napoleon als erster Consul treffend gesagt hat, mêler ensemble les cas, où il n'y a pas de mariage et les cas, où il peut être cassé.

Ob in vorliegendem Falle die beklagte Ehefrau ein Mann oder ein Weib, ein männlicher oder weiblicher Zwitter ist, dieses kann nicht, wie ihr Anwalt meint, durch die Standesbücher und den bisherigen Besitzstand, sondern nur durch Augenschein und Gutachten eines Sachverständigen hergestellt werden.

Es wird daher — so schloß der Oberstaatsanwalt seinen Vortrag — beantragt, das von dem klägerischen

Digitized by Google

Ehemann zum Beweis vorgeschlagene gerichtsärztliche Gutachten zu erheben.

Diesem Antrage wurde von dem Appellationssenat entsprochen und von großh. Medicinalreferenten ein Gutachten darüber erhoben, ob nach der Körperbeschaffenheit der Beklagten, sofern ihre Geschlechtstheile überhaupt abnorm sind, das männliche oder das weibliche Geschlecht bei ihr vorwiegend sei. Das hiernach erstattete Gutachten ging dahin, daß die beklagte Ehefrau ihrer ganzen Körperbeschaffenheit nach, insbesondere nach Beschaffenheit ihrer geschlechtlichen Organe eine rein weibliche Bildung habe, daß keine, nicht die geringste Hinneigung zur männlichen Geschlechtsbildung vorhanden sei, daß zwar die weibliche Scheide eine bei dem Alter der Beklagten Ehefrau (58 Jahre) ungewöhnlich enge Bildung habe, daß aber der Beischlaf mit ihr unfehlbar vollzogen werden könne.

In Folge dessen hat der Kläger auf die Appellation verzichtet. Haager.

81.

Der Verkäufer von Scheiterholz, welches im Walde aufgesetzt, aber von dort an den Abfuhrplatz verbracht werden soll, ist nach Umständen des Vertrags nicht gehalten, das Holz hier nochmals aufzusetzen. Dagegen hat er dafür einzustehen, daß der Käufer das Holz hier abführen darf.

Andernfalls hat er diesen bis zur Beseitigung des Hindernisses von dem Tag der Verzugsetzung an zu entschädigen.

In Sachen
des Holzhändlers M. Huck in Strasburg, Klägers, Appellanten, Oberappellaten,
gegen
den Freiherrn Ferdinand v. Seldeneck in Lahr, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,
Forderung betr.,

besagen die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtl. Urtheil vom 14. Mai 1867.

Nach dem zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Holzverkaufvertrag hatte der Beklagte dem Kläger bis Ende Mai 1865 &c. &c. buchenes und tannenes Scheitholz um einen nach dem Klafter bedungenen Preis unter näher vereinbarten Bestimmungen frei an die fahrbare Thalstraße, wo auch die Annahme durch den Käufer Statt finden sollte, zu liefern &c. &c.

Allerdings wurde das zugesagte Holz nicht in Bausch und Bogen um einen im Ganzen festgesetzten Preis, sondern nach dem Maaß verkauft, es würde daher die Vorschrift des L.R.S. 1585 wegen der zur Uebertragung der Gefahr auf den Käufer erforderlichen vorgängigen Zumessung hier Anwendung finden können, wenn nicht die Parteien selbst, unverkennbar gerade mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des in Frage stehenden Kaufes, namentlich auf die Beschaffenheit der Waare, die Größe des Betrags des verkauften Holzes und die Schwierigkeit einer förmlichen Zumessung den betreffenden Punkt (die Frage der Zumessung) besonders und zwar in solcher Weise geregelt hätten, daß man nicht annehmen kann, es habe in der Absicht der Parteien gelegen, daß zu der bedungenen Ablieferung des Holzes an die Thalstraße, nach den so genau vorgezeichneten Bestimmungen über das Aufsetzen des Holzes, dessen Umhauung und Scheitung im Wald, dessen Schnitt und sonstige Beschaffenheit, insbesondere dessen alsbaldige Setzung ins Maas, noch eine weitere Zumessung hinzukommen solle &c. &c.

Wenn aber auch die vom Beklagten den Vorschriften des Vertrags gemäß bewirkte Lieferung des Holzes an den bestimmten Platz ohne weitere Zumessung für genügend zu erachten ist, insofern es sich darum handelt, ob die verkaufte Waare als Verkaufsstück (als Species) hinreichend bestimmt erscheint und ob die Gefahr gemäß L.R.S. 1583 verglichen mit den folgenden Landrechtssätzen auf den Käufer übergegangen ist, so ist doch hiebei immerhin (namentlich nach der zu unterstellenden Absicht der Parteien in diesem besonderen Falle und gemäß L.R.S. 1160) als sich von selbst ergebend vorauszusetzen, daß der Käufer das an den bestimmten Platz gelieferte Holz, das auf einen, einem Dritten, dem Klausmann, gehörigen Platz gebracht worden war, ohne Anstand in Empfang nehmen und ablangen konnte. War dies, gleichviel, ob aus diesem oder jenem vom Käufer nicht selbst verschuldeten Grunde nicht der Fall, so ist der Verkäufer seiner Pflicht, die Waare dem Käufer in wirklichen Besitz und in sichere Gewähr zu übergeben (L.R.S. 1603. 1604. 1625) nur scheinbar,

Digitized by Google

nicht aber in Wahrheit nachgekommen, und er ist schuldig, auf Anrufen des Käufers durch Beseitigung der vorhandenen Hinderungsursachen seine Verpflichtung gehörig zu erfüllen und etwaige Entschädigung für den dem Käufer erwachsenen Schaden zu leisten.

Da nun im vorliegenden Falle die erwähnte Voraussetzung nicht zutraf, der Käufer vielmehr durch die wiederholte und ernstliche Weigerung von Seiten Klausmanns, des Eigenthümers des fraglichen Platzes und zugleich des Verkäufers des betreffenden Waldes, auf Grund vertragsmäßiger Ansprüche an den Beklagten, als Käufer des Waldes, verhindert wurde, das Holz in Empfang zu nehmen, und abzulangen, ja nach dem ersten Urtheil sogar noch eine gerichtliche Pfändung des betreffenden Holzes auf Betrieb Klausmanns als Gläubigers des Beklagten hinzukam (Pr.O. §. 351), so ist das Begehren des Klägers, daß der Beklagte seiner Pflicht in Bezug auf Uebergabe des Holzes in Besitz und Gewähr des Klägers vor Allem nachkomme, allerdings begründet. Eine Widersetzung durch thätliche Gewalt Klausmanns war unter diesen Verhältnissen keineswegs erforderlich; es konnte dem Kläger billigerweise nicht zugemuthet werden, es auf eine gewaltsame Hinaustreibung von Seiten des Grundeigenthümers ankommen zu lassen, was sogar dem Interesse der öffentlichen Ordnung zuwider gewesen sein würde.

Vergl. Troplong de la vente No. 263 u. 264.

2c. 2c. Die Pflicht des Beklagten zur Entschädigung im Allgemeinen erscheint nach L.R.S. 1611 unzweifelhaft begründet, insoweit eine Setzung des Beklagten in Verzug nach Maasgabe der L.R.S. 1139 und 1146 stattgefunden hat. — Die allgemeinen Bestimmungen dieser Landrechtssätze finden auch auf einen Fall, wie der vorliegende, Anwendung.

Troplong a. a. Orte, No. 296. No. 304 ff. Allg. d. H.G.B. Art. 289 vergl. mit 355—358. —

Abgesehen von dem selbstverständlich ausgenommenen Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung, und von besonderen Vorschriften für einzelne besondere Fälle, erkennt das Gesetz die Setzung in Verzug nur in den beiden Ausnahmsfällen für unnöthig an, wenn der Vertrag selbst bestimmt, daß durch das blose Erscheinen des Tags, ohne daß es einer weiteren Handlung bedürfe, der Schuldner in Verzug gesetzt sein solle; ferner, wenn das vom Schuldner Zugesagte nur in einer gewissen Zeit, die dieser verstreichen läßt, geleistet werden konnte. L.R.S. 1139 Schluß und 1146.

Von diesen beiden Ausnahmsfällen liegt aber keiner hier vor; es kann daher die Entschädigung nur von dem Tage der notariellen Aufforderung vom 28. April 1866 zuerkannt werden. Zur Festsetzung eines früheren Zeitpunktes liegt ein gesetzlich genügender Grund nicht vor.

Red.

82.

Unterschied zwischen Diebstahl und Fundunterschlagung.

Entscheidungsgründe

zum Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 3. November 1866 J. A.S. gegen Kast.

Durch die bestimmten, auf eigener Wahrnehmung aus nächster Nähe beruhenden Aussagen des Zeugen Freiherrn von Neven in Verbindung mit den verlesenen Angaben des Literaten Homburg und des Richard Poller, sowie mit den Aussagen des Polizeicommissärs Kaltenbach kam der Gerichtshof zur vollständigen Ueberzeugung, daß der Angeklagte, der 27 Jahre alte, ledige, gut beleumundete Kellner Georg Kast von Griesheim am 8. September l. J., Nachmittags, etwa um ½5 Uhr unter der Kolonade der sog. Rauchgallerie im Conversationshaus dahier ein dem Literaten Homburg gehöriges Geldtäschchen in der Absicht sich eigenmächtig aneignete, sich dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Insbesondere ist erwiesen, daß Literat Homburg mit mehreren andern Personen, worunter sich auch Polizeicommissär Kaltenbach in Uniform befand, an jenem Nachmittag unter der Kolonade der Rauchgallerie an einem Tischchen saß, und daß diese Gesellschaft von dem Angeklagten, welcher damals als Kellner bei der Pächterin der Wirthschaft des Conversationshauses in Diensten stand, bedient wurde, daß Literat Homburg aus dem später weggekommenen Geldtäschchen ein Geldstück nahm und dem Angeklagten die Zeche bezahlte, worauf dieser letztere, nachdem die Gesellschaft sich entfernt hatte, beim Abräumen des Tischchens, woran dieselbe gesessen, sich bückte und als er wieder in die Höhe kam, das gelblich braune Geldtäschchen des Literaten Homburg in den Händen hatte. Aus diesen Thatsachen nahm der

Digitized by Google

Gerichtshof ab, daß das Geldtäschchen sich noch in der Innehabung des Literaten Homburg befand, als sich der Angeklagte dasselbe aneignete, daß demnach der vollständige Thatbestand des Diebstahls vorliegt (§. 376 des Str.G.B.). Vor allem erinnerte sich Literat Homburg, als er einige Stunden darauf den Verlust seines Geldtäschchens wahrnahm, daß er dasselbe noch unter der Kolonade der Rauchgallerie habe liegen lassen, weßhalb er sogleich beabsichtigte, den Kellner, der ihn bediente, nach demselben zu fragen. Ueberdies war der Platz, wo er das Geldtäschchen liegen ließ, in seinem Bereich, das heißt er konnte mit Sicherheit wieder dahin gelangen und kann überhaupt das nicht als verloren angesehen werden, was in einer Wirthschaftslokalität, wie dem Betreffenden bekannt, liegen geblieben. ist Die fragliche Kolonade der Rauchergallerie, wenn auch nach vorn offen, befindet sich mit den Wirthschaftslokalitäten unter einem Dach und bildet einen Bestandtheil derselben, die in derselben liegen gebliebenen Gegenstände müssen daher als unter der Obhut des Wirthes befindlich angesehen werden und können nicht als besitzlose erscheinen; dem Angeklagten insbesondere aber mußten alle diese Verhältnisse bekannt sein, ja er mußte wissen, wem das Geldtäschchen gehöre, da er unmittelbar vorher Zahlung daraus erhielt, und konnte er auch den Namen des Eigenthümers leicht durch den ihm an der Uniform kenntlichen Polizeicommissär ermitteln, keinenfalls aber konnte er annehmen, daß das Geldtäschchen außer Bereich seines Eigenthümers gekommen sei, im Gegentheil mußte er erwarten, daß dieser jeden Augenblick erscheinen könne, um sein liegen gebliebenes Geldtäschchen abzuholen. (Annalen 25 S. 303 und 26 S. 80, sowie 31 S. 193. Berner, Lehrbuch S. 310 vor und in Note 2.)

Nach den eidlichen Angaben des Literaten Homburg befanden sich mindestens 700 Franken in Gold in dem Geldtäschchen; da überdies der Zeuge Seefels, welcher an demselben Tage den Inhalt des Geldtäschchens wahrnahm, und denselben auf 800 Franken schätzte, diese Angaben bestätigte, hielt der Gerichtshof einen Diebstahl im Betrage von mindestens 700 Franken erwiesen, und mußte demnach auch, da Literat Homburg dem Strafverfahren sich anschloß, der Angeklagte zur Bezahlung dieses Betrags, soweit Literat Homburg ihn noch nicht erhalten hat, verurtheilt werden. §§. 329 und 333 der Str.P.O.

Die Strafausmessung richtete sich nach §. 377 Z. 3, wobei strafmindernd der bisherige gute Leumund des Angeklagten, die Leichtigkeit, mit der das Verbrechen vollführt werden konnte, und die Verführung, welche für den Angeklagten in den hiesigen Verhältnissen überhaupt liegt, berücksichtigt wurde.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 426 der Str.P.O. wegen der Kosten, wurde wie geschehen, erkannt. Dr. Puchelt.

83.

1) **Der Acceptant eines domicilirten Wechsels kann keine Benachrichtigung wegen des, Mangels Zahlung erfolgten, Protestes verlangen.**
2) **Der letzte Absatz des Art. 45 der Wechselordnung findet deßhalb auf die Unterlassung dieser Benachrichtigung keine Anwendung.**
3) **Das Verhältniß des Acceptanten zum Domiciliaten ist nicht wechselrechtlich.**

In der Wechselklage des S. Freyseng gegen Leonhard Bäumcher waren auf Grund des, Mangels Zahlung beim Domiciliaten der kön. Bankfiliale in Coblenz erhobenen Protestes gegen den Acceptanten die Summen der beiden Wechsel nebst Zinsen vom Verfalltage und 12 fl. 2 kr. Kosten eingeklagt worden. Der beklagtische Anwalt wendete bezüglich der angeforderten Zinsen und Kosten ein, daß der Beklagte zu deren Zahlung nicht angehalten werden könne, weil er die von Art. 45 W.O. vorgeschriebene Nachricht von der, Mangels Zahlung erfolgten Protestirung nicht erhalten habe, der Inhaber des Wechsels aber, welcher die Benachrichtigung unterlasse oder dieselbe nicht an den unmittelbaren Vormann ergehen lasse, gegen sämmtliche beziehungsweise gegen die übersprungenen Vormänner den Anspruch auf Zinsen und Kosten verliere. Der klägerische Anwalt bekämpfte diese Ansicht mit dem Anfügen, daß man vergebens nach einem Präjudize dieses Inhalts suche. Der Gerichtshof sprach dann auch dem erhobenen Einwande jede rechtliche Begründung ab, indem er sich in den Entscheidungsgründen folgendermaßen ausließ:

„Nach Art. 44 d. W.O. bedarf es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten mit Ausnahme der Domicilwechsel weder der Präsentation am Zahlungs-

Digitized by Google

tage, noch der Erhebung eines Protests; es kann also schon deßhalb eine Notification des wirklich erfolgten Protestes vom Acceptanten nicht verlangt werden, weil der Regel nach der Protest bei ihm erhoben wird und gerade die durch ihn unterlassene Zahlung der Grund ist, weßhalb der Wechsel Noth leidet. Der Domicilwechsel unterscheidet sich vom gewöhnlichen Wechsel nur dadurch, daß zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten der von Art. 43 der W.O. vorgeschriebene Protest im Domicile, beziehungsweise beim Domiciliaten erhoben werden muß. Dem Acceptanten soll dadurch nachgewiesen werden, daß er oder sein Domiciliat am Domicile aufgesucht wurde und hier die Zahlung nicht erfolgte; eine besondere Benachrichtigung kann er aber nicht verlangen, denn den im Wechselverbande stehenden Personen gegenüber besteht zwischen dem Acceptanten und dem Domiciliaten eine Personeneinheit und wird diesen gegenüber die Kenntniß des Acceptanten von der Zahlungsunterlassung unterstellt.

Die Benachrichtigung hätte auch offenbar keinen Zweck, denn der Acceptant hat keine Vormänner, bei denen er sich erholen könnte; nur diesen gegenüber geht der Anspruch auf Zinsen und Kosten verloren, Art. 45 handelt nur vom Wechselregresse gegen die Personen, gegen welche der Inhaber des Wechsels die Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten anzufordern hat, er erstreckt sich nicht auf die Wechselklage gegen den Acceptanten; denn dieser hat keinen wechselrechtlichen Rückgriff mehr, muß vielmehr einfach zahlen, wenn in der Frist des Art. 77 die Anforderung erfolgt.

Allerdings wäre möglich, daß der Acceptant den Domiciliaten mit Zahlungsmitteln auf den Verfalltag versehen hätte und dieser trotzdem Zahlung verweigerte; indessen steht das Verhältniß zwischen dem Acceptanten und dem Domiciliaten außerhalb des Wechselrechts und behufs der aus einem solchen Verhalten des Domiciliaten für den Acceptanten entspringenden Schadensklage würde der Letztere ebensowenig an die kurzbefristete Notifikation des Satzes 45 gebunden sein, weil er, um die erwachsenen Kosten und die aufgelaufenen Zinsen zurückverlangen zu können, keinenfalls den Domiciliaten von dem Unrechte benachrichtigen müßte, das dieser selbst begangen hat."

Heinsheimer.

34.

Drei Fragen aus dem Strafverfahren.

I. Zwei Jahre sind verflossen, seit das neue Gesetz über das Strafverfahren und die Gerichtsverfassung in das Leben getreten sind; sie machen einen Zeitraum aus, welcher zu kurz für die Lebensdauer eines auf Generationen berechneten Gesetze aber, lange genug ist, um einen Rückblick auf seine Ergebnisse zu gewähren und aus diesen wieder Schlußfolgerungen allgemeiner Natur ableiten zu lassen. Nach dem angedeuteten Gesichtspunkte soll sich auch Stoff und Ziel des vorliegenden Aufsatzes bemessen; an der Hand von Wahrnehmungen und Erfahrungen aus der Thätigkeit der zwei letzten Jahre, die freilich nur auf einem kleinen Gebiete gesammelt werden konnten, soll der Werth einzelner bestehender Einrichtungen einer Prüfung unterzogen werden. Daß der Verfasser nur auf die Ergebnisse der Strafrechtspflege aus dem Gerichtssprengel, welchem er angehört, Rücksicht nahm, wird, als in der Natur der Sache liegend, einer besondere Rechtfertigung nicht bedürfen. Derselbe glaubt sich auch mit der Annahme nicht zu täuschen, daß die gleichen Erscheinungen, unter gleichen Verhältnissen zu Tage getreten, mit Grund auf die nämlichen Ursachen sich zurückführen lassen. Sein Bestreben wird demnach sein, die auf kleinem Gebiete gewonnenen Erfahrungen ihres zufälligen, individuellen Charakters zu entkleiden, um aus ihrer Summe durch Vergleichung und Schlußfolgerung Regeln und Grundsätze von allgemeiner Gültigkeit abzuleiten.

Der Zweck der Zeitschrift, auf deren Spalten der Aufsatz berechnet ist, wie das Maas der dem Verfasser zu Gebote stehenden Erfahrung und Erkenntniß macht ihm eine zweite Beschränkung zur Pflicht; in seinen Bereich soll nur dasjenige gezogen werden, was auf die Erhebung und Durchführung, insbesondere aber dasjenige, was auf die Vorbereitung der Anklage im engeren Sinn unmittelbaren Bezug hat. Ehe ich jedoch auf den eigentlichen Gegenstand, den ich schon jetzt als den ihnen vom Gesetz zugewiesenen Beruf und die Nothwendigkeit der Anklagekammern für die Vorbereitung der kreisgerichtlichen Strafsachen zur Hauptverhandlung bezeichnen kann, eingehe, mag ein kurzer Rückblick auf die Ergebnisse der neuen Strafrechtspflege gestattet sein.

Ich glaube nicht zu viel mit der Behauptung zu

sagen, daß dieselben im großen Ganzen durchweg erfreulicher Natur sind. Von den erkennenden Gerichten genießen die Schwurgerichte, an denen wenig gegen früher geändert ist, einer fortdauernden wohlverdienten Volksthümlichkeit. Die kreisgerichtlichen Strafkammern haben sich das Vertrauen der Betheiligten, wie der öffentlichen Meinung, in der kurzen Zeit ihres Bestehens zu erwerben gewußt, und geht damit das Selbstvertrauen der zur Aburtheilung berufenen Gerichte auf Grund der vor ihnen und durch sie unmittelbar und mündlich gepflogenen Untersuchung in der Hauptverhandlung Hand in Hand. Die Schöffengerichte endlich, deren Einführung sich Anfangs die meisten Bedenken entgegengestellt hatten, haben die auf sie gesetzten guten Erwartungen vollkommen gerechtfertigt. Deutlich genug spricht dafür die geringe Zahl der Rekursfälle (in hiesigem Kreise von 143 schöffengerichtlichen Straffällen nur 22, welche auf dem Weg des Rekurses angefochten wurden) und der Umstand, daß von den angefochtenen Erkenntnissen über die Hälfte bestätigt wurden. Die Staatsanwaltschaften, bei denen in Bezug auf die unmittelbare Verfolgung von Verbrechen und Verbrechern Anfangs Manches noch zweifelhaft war, haben nach einem Justizministerialerlaß vom 16. Februar v. J. die Befugniß zu den im Tit. V. der Str.P.O. der Polizei gestatteten Handlungen: eine zweckmäßige und ganz unbedenkliche Bestimmung, welche ein rasches und sicheres Einschreiten gegen Verbrecher sehr erleichtert.

II. So kurz verhältnißmäßig die Zeiträume seit Einführung des neuen Strafverfahrens sind, so hat sich die oberste Justizbehörde, um den manchfaltig auftauchenden Bedürfnissen gerecht zu werden, doch schon zu einzelnen Anordnungen veranlaßt gesehen. Dahin gehört:

1) Die Einrichtung der auswärtigen Abtheilung der Strafkammern. Bildete erfahrungsgemäß auch schon von Anfang an die Verhandlung und Aburtheilung der Straffälle aus den Sprengeln der sog. kleinen Kreisgerichte durch letztere selbst die Regel, so war das Verhältniß der Zugehörigkeit zu dem Strafgericht, an dessen Stelle sie aus besonderem Auftrag für jeden einzelnen Falle handelten, durch eine Reihe von Förmlichkeiten veranschaulicht. Daran haben die Justizministerialerlasse vom 14. und 25. Juni und 3. Juli v. J. soviel geändert, daß von den ersteren selbst die Sitzungslisten und Strafkammertabellen zu führen, die Kostenübersichten von ihnen aufzustellen, die Acten über die von ihnen erledigten Strafsachen bei ihnen aufzubewahren sind. Man wird deßhalb der Hoffnung Raum geben dürfen, daß in weiterer Entwicklung diese Gerichte (wozu das Gerichtsverfassungsgesetz in §. 27 der Regierung die Ermächtigung gibt) mit der unbeschränkten Strafgerichtsbarkeit ausgestattet, zu ordentlichen Strafgerichten erhoben und so die thatsächlichen Zustände und Bedürfnisse mit der Fassung des Gesetzes in Einklang gebracht werden. So wenig Werth man gegenwärtig darauf zu legen gewohnt ist, so sehr könnte bei veränderten Zeitverhältnissen, wenn Strafprozesse mit politischem Bezug, welche jetzt aus den Tabellen fast ganz verschwunden sind, wieder anhängig werden sollten, das öffentliche Zutrauen zu den Gerichten dadurch bedingt sein, daß der ordentliche Gerichtsstand ein ausschließlicher, vom Gesetze zum Voraus festbestimmter sei.

2) In einem, wenn auch nur entfernten Zusammenhang mit der besprochenen Einrichtung steht eine Aenderung, welche sich ohne ausdrückliche Anordnung, sondern nur thatsächlich, auf einem andern Gebiete vollzogen hat. Die Auffassung, welche der Vollzugsverordnung zur Gerichtsverfassung bezüglich der Wirksamkeit der verschiedenen Arten von Kreisgerichten als Strafgerichten zu Grunde liegt, brachte es wohl mit sich, daß der ständige Untersuchungsrichter, welcher nach §. 28 des Gerichtsverfassungsgesetzes bei jedem Kreisgericht aufgestellt werden sollte, nach §. 20 der Vollzugsverordnung nur in Folge besonderer Anweisung durch die Raths- und Anklagekammer dazu befugt ist, und daß in der That nur bei den Kreis- und Hofgerichten (§. 5 derselben Verordnung) ein solcher aufgestellt wurde. Damit, daß die Raths- und Anklagekammer den Untersuchungsrichter auf vorgängigen Antrag des Staatsanwalts im einzelnen Fall besonders beauftragen mußte (denn eine Anweisung dazu Seitens jener von Amtswegen kann nicht leicht vorkommen), und bei der Größe des Gerichtssprengels, war die Thatsache mit Nothwendigkeit herbeigeführt, daß die Führung einer Untersuchung durch den Unterrichter die Regel, durch den Untersuchungsrichter die seltene Ausnahme bildete, und in der That fast gänzlich einging. (Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 26.

(Fortsetzung von Art. 84.)

Im hiesigen Bezirke wenigstens kam im Jahre 1866 keine solche Uebertragung mehr vor. Ganz anders ist die Stellung des Untersuchungsrichters nach der Str.P.O. von 1845, nach welcher er in allen zur Zuständigkeit des Bezirksstrafgerichts oder Hofgerichts gehörigen Straffällen die Untersuchung zu führen hat, und ihre Führung unter bestimmten Voraussetzungen dem Amtsrichter überlassen kann. §. 53 und 58. Hier ist es ihm möglich, nach §. 185 über jede Erkennung des Verhaftes dem Bezirksgericht alsbald mündlichen Vortrag zu erstatten, während der gleichen Bestimmung des §. 175 der Str.P.O. von 1864, weil sie für den Amtsrichter als Untersuchungsrichter nicht besteht, auch bei ihm gar nicht durchführbar wäre, eine praktische Bedeutung nicht beigemessen werden kann.

3) Von geringerer Tragweite, aber als eine sehr dankenswerthe Aenderung erscheint die Zutheilung von ständigen Stellvertretern der Staatsanwaltschaften, wie sie von großh. Justizministerium Ende des Jahres 1865 durchgeführt wurde. Es ist damit einem bis dahin bestandenen Zwitterverhältniß ein Ende gemacht und der Staatsbehörde mit der Möglichkeit thunlichster Beschleunigung ihrer Geschäfte die ihr so nothwendige Einheit des Dienstes verliehen. Le ministére public est un et indivisible.

III. Nachdem so der seitherige Entwicklungsgang der auf die Gerichtsverfassung und das Strafverfahren bezüglichen Gesetzgebung einleitend in den Bereich vorliegender Besprechung gezogen ist, glaubt der Unterzeichnete auch auf solche Punkte übergehen zu müssen, welche er als Uebelstände oder Lücken ansehen zu müssen glaubt. Nicht als ob dieselben vorzugsweise der badischen Gesetzgebung — gegenüber denjenigen anderer deutschen Staaten ankleben oder in einer Unvollständigkeit des Gesetzgebungswerkes von vornherein ihren Grund hätten; sondern in dem Sinne, daß Bestimmungen in dieselbe aufgenommen wurden, welche schon seit längerer Zeit nach dem Urtheile von Wissenschaft und Praxis sich als der mangelnden Folgerichtigkeit entbehrend, nicht mehr rechtfertigen lassen; oder aber, daß Einrichtungen, welche bei anderer Verfassung und Zusammensetzung der Strafgerichte ganz passend sein mögen, nach der zur Zeit bestehenden den erwarteten Zweck nicht erreichen konnten.

In diesem Lichte aber erscheinen mir:

1) Der Mangel der subsidiären Privatanklage. Es ist ein alter Streit, welcher darüber geführt wird, ob nicht dem durch ein Verbrechen oder Vergehen Beschädigten, wenn der öffentliche Ankläger die Verfolgung eines ihm angezeigten Straffalles ablehnt, das Recht eingeräumt werden soll, selbst dieselbe herbeizuführen. Schon bei Berathung der Str.P.O. von 1845 wurde die Frage erörtert, und im §. 328 dahin entschieden, daß Jener die Einleitung einer Untersuchung niemals verlangen könne. Indeß stand hier die Frage noch nicht so klar, wie jetzt, weil neben dem Recht und der Pflicht des Staatsanwalts zur Verfolgung der Verbrechen (§. 41) auch noch die Pflicht und Befugniß des Amtsgerichts in §. 66 bestand, in den zu seiner Zuständigkeit gehörigen Straffällen die Untersuchung von Amtswegen einzuleiten. In neuerer Zeit hat sich der für die Entwickelung der Rechtswissenschaft hochverdiente deutsche Juristentag mit der vorliegenden Frage beschäftigt, und sich für die genannte Einrichtung entschieden. Die deutsche Rechtswissenschaft überhaupt, die Mehrzahl der Schriftsteller, insbesondere Sundelin, die deutsche Staatsanwaltschaft S. 44; Plank, systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens S. 162; Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozesses S. 424 erklären sich gleichfalls dafür. Hier ist auch eine Stelle aus dem im Jahr 1808 von dem Kanzler Cambacérès erstatteten Bericht wieder gegeben, welcher sich in folgenden Worten für die Zuläßigkeit der fraglichen Befugniß des Beschädigten ausspricht:

„Man muß ohne Zweifel dem Staatsanwalt überlassen, ein ihm durch Jemanden angezeigtes Vergehen, der, weil er nicht beschädigt ist, auch nicht das Recht hat, Genugthuung zu verlangen, zu verfolgen oder nicht; aber wenn ein Verletzter sich beschwert, wenn er sich als Civilpartie erklärt, so darf ihn der Staatsanwalt

Digitized by Google

nicht durch eine Ablehnung der gerichtlichen Verfolgung lähmen können. Die Gerechtigkeit will, daß man in diesem Fall dem klagenden Theil gestatte, zum Untersuchungsrichter seine Zuflucht zu nehmen."

Damit ist der Gedanken vollkommen richtig ausgedrückt; und nur zur Vermeidung eines möglichen Mißverständnisses mag hier noch beigefügt werden, daß der Privatankläger selbstverständlich nicht mehr als die Befugnisse des öffentlichen Anklägers sich zu Nutze machen kann, daß es also immerhin Sache des Untersuchungsrichters bleibt, zu ermessen, ob genügende Gründe zur Versetzung in den Anschuldigungsstand und dergl. vorhanden sind, und er verneinenden Falls den deßfallsigen Anträgen nicht zu entsprechen braucht.

Daß bei Berathung des neuen Strafprozeßgesetzes die vorliegende Frage zur Besprechung kam, zeigt die dem Entwurf einer Str.P.O. beigegebene Begründung Seite 96 Anmerkung ** und der der ersten Kammer hiezu erstattete Commissionsbericht S. 6, wenn gleich eine eingehende Erörterung der Gründe für und wider bei der entschiedenen Abgeneigtheit auf der einen Seite gegenüber dem gemachten Vorschlag nicht aus den gedruckten Verhandlungen ersichtlich ist. Die dagegen geltend gemachten Gründe lassen sich sämmtlich auf die Besorgniß eines Mißbrauchs aus den unlauteren Beweggründen der Feindseligkeit, Rachsucht, des Eigennutzes u. dergl. zurückführen. Allein einestheils können sich alle diese Faktoren auch bei jeder, dadurch entstellten, Anzeige bei dem Staatsanwalte geltend machen, und es ist sehr fraglich, ob es für den unschuldig Verfolgten förderlicher ist, dem solchergestalt übelberichteten, und dadurch irregeleiteten Staatsanwalte, als einem Privatankläger gegenüber zu stehen, welcher, um seiner (subsidiären) Privatanklage Eingang zu verschaffen, erst einen mit Gründen versehenen ablehnenden Bescheid des Staatsanwaltes beibringen muß. Gegen böswillige oder auch nur leichtfertige Privatanklagen wird außer der oben angeführten Obliegenheit des Untersuchungsrichters das Risiko wegen den Kosten im Falle des Unterliegens und die Gefahr, sich der Anklage wegen falscher Beschuldigung auszusetzen, am besten schützen. Das Wichtigste bleibt aber immerhin, daß Jedermann in der Lage sein muß, sein Recht auch vor dem Strafgesetz selbst zu sichern, wenn der Vertreter des Staats sich dessen entschlägt; kann doch diese Ablehnung in den manchfachsten Verhältnissen, irrthümliche Rechtsanschauung, Voreingenommenheit in Folge anderweiter unrichtiger Mittheilungen und dergl. ihren Grund haben.

Der vom Gesetz in §. 61 der Str.P.O. zur Heilung gewählte Weg ist nicht geeignet, seinen Zweck vollkommen zu erfüllen. Der Beschädigte selbst weiß in den allerwenigsten Fällen, daß ihm ein solches Recht zusteht, nach der von dem Unterzeichneten gemachten Erfahrung müßte Jener meist erst durch Belehrung und Zureden (wenn dem Staatsanwalt selbst die Frage irgend noch zweifelhaft erschien) zur Ergreifung des Rechtsmittels veranlaßt werden. Die Raths- und Anklagekammer wird durch die ihr zugewiesene Aufgabe nur in eine schiefe Stellung gedrängt, indem ihr damit die Initiative zur strafgerichtlichen Verfolgung zugewiesen ist, welcher sie sonst mit Recht ferner steht. Für den Staatsanwalt selbst gehört es endlich zu den mißlichsten und leidigsten Aufgaben, eine Anklage zu vertreten, welche er rechtlich für unbegründet hält, womit die ihm allerdings auch möglicherweise zufallende Aufgabe, eine Anklage aufrecht zu erhalten, die sich seiner Ansicht nach wegen mangelnden Beweises zur Einstellung geeignet hätte, wegen ihrer inneren Verschiedenheit kaum in Vergleichung zu ziehen ist.

Schließlich noch das Eine: Der Anzeiger, als angeblich Beschädigter, kann, wenn seine Anzeige unbegründet ist, in böser Absicht oder auch in thatsächlichem Irrthum begriffen, zu Werke gehen. Im ersteren Falle wird es ihm nicht schwer fallen, geflissentlich den Staatsanwalt, welcher bei vielen Vergehen ja doch vorzugsweise auf die Angabe des Beschädigten angewiesen ist, in Irrthum und Täuschung zu versetzen (man denke nur an die Anzeigen wegen Fälschung, Betrug bei Vertragsverhältnissen, Meineid u. dgl.) In diesem aber wie in dem zweiten Falle, wo er sich möglicherweise selbst im Irrthum befindet, und dabei seiner Sache nicht gewiß ist, wird er zwar bestrebt sein, die Anklage durch den Staatsanwalt vertreten zu sehen; lehnt der letztere aber ab, und steht ihm das Rechtsmittel des §. 61 nicht zu Gebote, so wird er sich in den meisten Fällen hüten, nunmehr auf seine Gefahr eine böswillige oder leichtfertige Anklage zu erheben. Damit halte ich das der Zulassung der subsidiären Privatanklage entgegenstehende hauptsächliche Bedenken für beseitigt.

2) In die Str.P.O. von 1864 ist in §. 276 aus dem früheren Prozeßgesetz eine Bestimmung übergegangen, welche schon bei der ersten Einführung des Schwurgerichts im Mai 1848 zu lebhaften Erörterungen geführt hatte, und seither nicht mehr von der Tagesordnung der

Digitized by Google

rechtswissenschaftlichen Literatur verschwunden ist. Bekanntlich war zu der erstgedachten Zeit Regierung und zweite Kammer über die Bedenklichkeit und Prinzipwidrigkeit des aus dem französischen Gerichtsverfahren herausgewachsenen Resumé's des Vorsitzenden einverstanden, bis es dem hartnäckigen Widerstand der I. Kammer gelang, demselben dennoch Eingang zu verschaffen. Ueberraschend ist dabei nur die Begründung, welche sich die Commission der II. Kammer, nachdem sie sich zu der Ansicht der I. Kammer bekehrt hatte, zu eigen machte, und welche den Satz enthält: „es sei bei Neueinführung des Schwurgerichts zu besorgen, daß der Schlußvortrag des gewandten Vertheidigers, welcher schlau die Thatsachen unter den ihm günstigsten Gesichtspunkten darstellt, aus ihrem Zusammenhang reißt, unrichtige juristische Begriffe aufstellt, die Geschworenen leicht auf eine bedenkliche Weise irre leiten kann."

Fast hat es den Anschein, als ob somit der Schlußvortrag des Vorsitzenden vorzugsweise eine ungerechtfertigte Freisprechung verhüten solle; es gewinnt denselben umsomehr, als nur bei dem Vertheidiger die Möglichkeit des Gebrauchs von Mitteln, die als nicht vollkommen lautere angesehen werden wollen, angedeutet ist. Und doch ist das Ziel des Vertheidigers ein eben so hohes, ein ihm ebenso bestimmt vorgestecktes, als das entgegengesetzte dem Ankläger; und doch bleibt auch diesen wie bei jedem kontradiktorischen Verfahren, bei jedem rednerischen Vortrag (sofern er nicht gegen dessen Regeln von vornherein verstoßen will), nichts anderes übrig, als die Thatsachen zu gruppiren, sie je nach ihrem Verhältniß als Beweismittel für und wider die Anklage, in ihrer Beweiskraft hervorzuheben oder abzuschwächen, ja es bleibt ihm sogar, wie schon unter 1) erwähnt, die Obliegenheit nicht erspart, in dem Falle, wo er eine Anzeige für beruhend erklärt hatte, weil er in den Thatsachen den Thatbestand eines Verbrechens nicht fand, nach ergangener Entscheidung des Gerichts gemäß §. 61 der Str.P.O. die Anklage durchzuführen, und im Widerspruch mit seiner vorher geäußerten Ueberzeugung darzuthun, daß der Thatbestand eines solchen doch vorliege, also wissentlich „unrichtige juristische Begriffe" aufzustellen. *)

Daß übrigens bei Erörterung vorliegender Frage vorzugsweise gerade Bezug auf den Vertheidiger (man hätte auch eben so gut den Ankläger nennen können) genommen ist, scheint mir anzuzeigen, daß der Gesichtspunkt, von welchem man ausging, nicht ganz der richtige ist. Man hätte meines Erachtens in erster Linie die Frage aufwerfen sollen:

a) Sind die Geschworenen an sich, beziehungsweise eben so gut wie die rechtsgelehrten Richter, befähigt, die Wahrheit zu finden, also über Schuld und Unschuld zu erkennen? Sind sie das, so bedarf es eines weiteren Mittels, ihnen ihre Aufgabe zu erleichtern (seitens der rechtsgelehrten Richter) nicht; sind sie dagegen nach Ansicht des Gesetzgebers ihrer Aufgabe nicht aus eigener Kraft gewachsen, so dürften trotz aller politischen Rücksichten die rechtsgelehrten Collegien nicht von der Aburtheilung der schwersten Straffälle verdrängt, durch Geschworene ersetzt werden. Es ist deßhalb auch nicht „Eifersucht gegen den Einfluß der Richter auf die Geschworenen," wie es in dem Commissionsbericht der II. Kammer heißt, welche in dem Resumé eine prinzipwidrige und darum schädliche Einrichtung erkennt, sondern umgekehrt Mißtrauen in die Befähigung der Geschworenen, welche zur Aufnahme und Beibehaltung derselben veranlaßte. Ich für meinen Theil halte die Geschworenen für vollkommen zu der ihnen vom Gesetz zugewiesenen Aufgabe befähigt, einer Bevormundung in der gedachten Weise nicht für bedürftig, und freue mich, die Autorität eines Plank, S. 388, Zachariä, S. 330 in den schon angeführten Werken, Schwarze, das deutsche Schwurgericht S. 78 dafür geltend machen zu können.

Die entgegengesetzte Ansicht ist vertreten in der Begründung zum Entwurf der Str.P.O. S. 111, dem Commissionsb. der II. Kammer zu §. 275 S. 4 und der I. S. 14.

b) Sollte man aber auch annehmen, daß ein Bedürfniß der Fassungs- und Urtheilskraft der Geschworenen zu Hülfe zu kommen, vorliege, so wäre doch noch zu untersuchen, ob demselben durch das fragliche Mittel abgeholfen werden könnte. Erkennt man in der Thätigkeit der beiden, nach Schluß der Beweiserhebungen hauptsächlich thätigen Personen, des Anklägers und des Vertheidigers, das auf das Urtheil der Geschworenen berechnete Wirken zweier verschiedener Einflüsse, so ist das Natürlichste, was deßwegen auch zumeist sich ergeben wird, daß sich dieselben wechselseitig die Waage halten, und den Geschworenen, der durch den Inhalt der Beweiserhebungen veranschaulichte Sachverhalt, in möglichster Klarheit vor der Seele steht. Nun wäre allerdings der

*) Das heißt Begriffe, die nach seiner, des Staatsanwalts, persönlicher Ansicht ihm nicht richtig scheinen. Red.

Digitized by Google

Fall denkbar, daß der eine Theil, dem anderen an Darstellungs- und Redegabe überlegen, seinen vielleicht schwächeren Gründen den Anschein gewichtiger Ueberzeugungsmittel geben und dadurch die Geschworenen seinen Anträgen mit Unrecht geneigt machen könnte; allein eine solche Möglichkeit bleibt, das Gericht mag zusammengesetzt sein, wie es will, und könnte deßhalb höchstens nur das beweisen (wozu heut zu Tage schwerlich sich Jemand bekennen möchte), daß das Untersuchungssystem vor demjenigen der Anklage den Vorzug verdiene. Um ein derartiges Uebergewicht aber durch das Resumé zu beseitigen, müßte sich der Vorsitzende gegen den Einfluß, der sich einseitig, übermäßig und deßhalb unberechtigt geltend gemacht hätte, wenden und ihn bekämpfen, womit die für ihn in Anspruch genommene unparteiische Stellung schwerlich sich vereinbaren ließe. So kehrt immer der alte Irrthum wieder, daß weil die Stellung des Richters im Strafverfahren an sich eine unparteiische ist, deßhalb auch sein Schlußvortrag den gleichen Charakter haben werde.

Abgesehen aber auch von dem doppelten Widerspruch, daß man mit der einen Hand den Geschworenen die Aufgabe zutheilt, in den schwersten Straffällen zu urtheilen, wozu unter allen Umständen Selbstständigkeit die erste Voraussetzung ist, und mit der anderen sie auf das Resumé des Vorsitzenden, als auf einen untrüglichen Leitstern hinweisen will, und daß man glaubt, einen unberechtigten Einfluß von der einen Seite durch die Beeinflussung Seitens eines Dritten mit Aufrechthaltung der für diesen von vornherein beanspruchten unparteiischen Stellung zurückzwängen zu können, spricht die Erfahrung keineswegs so unbedingt für die Zweckmäßigkeit der Einrichtung. Selbstverständlich ist die Gewissenhaftigkeit, der Aufgabe mit der strengen Unparteilichkeit gerecht zu werden, noch nie und nirgends in Zweifel gezogen worden. Wenn aber in der Begründung zur Str.P.O. am angeführten Orte gesagt ist, daß die fragliche Vorschrift in keiner Weise zu solchen Klagen, wie sie von Manchen befürchtet worden seien, Anlaß gegeben hätten, so dürfte dagegen doch Einiges zu erinnern sein. Es ist schon die Aeußerung von Schwurgerichtspräsidenten verlautet, daß es unmöglich sei, einen Schlußvortrag zu erstatten, ohne daß irgendwie, wenn auch vollkommen absichtslos, die eigene Ansicht durchblicke; es wurde auch schon bemerkt, daß in einzelnen Fällen das Resumé nicht ausschließliches Ergebniß der mündlichen Verhandlung, sondern zugleich aus dem Material der Voruntersuchung zum Voraus geschöpft war. Daß auch schon solche Fälle vorkamen, wo sehr deutlich die eigene Ansicht des Vortragenden zu Tage trat, wird derjenige, welcher öfter die Schwurgerichtsverhandlungen besucht, nicht in Abrede stellen. Dem doppelten Anspruche mit Unterdrückung eigener Meinungsäußerung den Geschworenen eine lichtvolle Darstellung und Belehrung, also Anleitung zum Urtheil zu geben, gerecht zu werden, dürfte eben als ein Ding der Unmöglichkeit angesehen werden. Für weniger bedenklich, immerhin aber für entbehrlich, würde ich das Resumé dann ansehen, wenn dasselbe sich auf die Erläuterung der gesetzlichen Merkmale eines Verbrechens zu beschränken hätte.

3) Es ist soeben der Nachweis versucht worden, daß der Einrichtung des Resumé's nicht blos practische, sondern auch grundsätzliche Bedenken entgegenstehen, daß die dem Vorsitzenden damit zugewiesene Aufgabe nicht nur äußerst schwierig, sondern daß sie auch in dem Sinne, welchen das Gesetz damit verbindet, an einem unlöslichen innern Widerspruche krankt. Bei der nunmehr zu erörternden Frage, der unbedingten Nothwendigkeit der Vorbereitung eines Straffalles zur Hauptverhandlung vermittelst eines Anklagebeschlusses, Verweisungserkenntnisses vor das erkennende Gericht durch eine von diesem sowohl, wie von dem Gericht der Voruntersuchung gesonderte Behörde, werden vorzugsweise nur praktische Gesichtspunkte zur Sprache kommen. Ich stelle dieselben dahin auf:

> „Ist bei Straffällen, welche zur Zuständigkeit der Strafkammer des Kreisgerichts gehören, im Interesse einer guten Rechtspflege die Prüfung der Zulässigkeit einer Anklage —, neben dem Beschluß des Untersuchungsrichters, welcher eine bestimmte Person wegen eines Vergehens in den Stand der Anschuldigung versetzt — durch eine eigene Behörde, und im Falle der Zulassung ein Anklagebeschluß und ein Verweisungserkenntniß vor das erkennende Gericht geboten, oder wird derselbe nicht zweckmäßiger durch eine andere Maaßregel ersetzt?"

Auch hier ist der badische Gesetzgeber dem französischen Vorbild gefolgt, weßhalb eine kurze Anführung der diesem angehörigen Bestimmungen, und ihre Vergleichung mit denen des badischen Prozeßgesetzes von Interesse ist.

Digitized by Google

A. Einrichtung nach franz. Recht:

a) Der code d'instruction criminelle von 1808 enthält in seinem Kapitel IX. des ersten Buches mit der Ueberschrift: „du rapport des juges d'instruction, quand la procédure est complète" die einschlägigen Bestimmungen. Es bestimmt nur:

Art. 127.

Der Untersuchungsrichter ist gehalten, zum mindesten einmal in der Woche über die bei ihm anhängigen Untersuchungen Vortrag zu erstatten; derselbe wird der Rathskammer erstattet, welche aus wenigstens drei Richtern, den Untersuchungsrichter einbegriffen, zusammengesetzt ist, nachdem zuvor dem kaiserlichen Procurator Mittheilung geschehen ist, damit durch ihn das Erforderliche vorgekehrt werde.

Art. 128.

Wenn die Richter der Ansicht sind, daß die That weder ein Verbrechen, noch ein Vergehen, noch eine Uebertretung darstellt, oder daß kein Beweis gegen den Angeschuldigten vorliegt, so soll ausgesprochen werden, daß eine Verfolgung nicht stattfindet, und sollte der Angeschuldigte verhaftet gewesen sein, so ist er in Freiheit zu setzen.

Art. 129.

Wenn sie der Meinung sind, daß die That nur eine Polizeiübertretung ist, so ist der Angeschuldigte an das Polizeigericht zu verweisen und in Freiheit zu setzen, wenn er verhaftet war.

Art. 130.

Wenn das Vergehen für geeigenschaftet erkannt wird, mit correctionellen Strafen geahndet zu werden, so ist der Angeschuldigte vor das Zuchtpolizeigericht zu verweisen.

Art. 133.

Wenn auf den der Rathskammer durch den Untersuchungsrichter erstatteten Vortrag die Richter oder nur Einer derselben glauben, daß die That von der Beschaffenheit ist, um mit Leibes- oder entehrenden Strafen geahndet zu werden, und die Beschuldigung gegen den Bezüchtigten hinreichend begründet ist, so sind die Actenstücke, das Augenscheinsprotokoll und ein Verzeichniß der Ueberführungsstücke, unverzüglich durch den kaiserlichen Procurator dem Generalprocurator bei dem kaiserlichen Hof zu übersenden, damit nach den Bestimmungen des Kapitels von der Versetzung in Anklage weiter verfahren werde.

Art. 135.

Enthält Bestimmungen über die Einsprache des Staatsanwalts gegen die Freilassung des Angeschuldigten.

Kapitel I. des zwölften Titels des zweiten Buchs, mit der Ueberschrift: „des mises en accusation" enthält sodann folgende Bestimmungen:

Art. 218.

Eine zu diesem Behuf besonders gebildete Abtheilung des kaiserlichen Hofes ist gehalten, sich auf Anordnung des Vorsitzenden und Begehren des Generalprocurators alle Woche zu versammeln, um den Vortrag dieses Beamten entgegenzunehmen, und auf seine Anträge Beschluß zu fassen.

Art. 221.

Die Richter haben zu prüfen, ob gegen den Angeschuldigten Beweise oder Inzichten einer durch das Gesetz als Verbrechen bezeichneten That vorliegen, und ob dieselben gewichtig genug sind, um die Versetzung in Anklagestand auszusprechen.

Art. 228.

Die Richter können eintretendenfalls neue Erhebungen anordnen.

Art. 229.

Wenn der Hof keine Spur eines vom Gesetz vorgesehenen Vergehens wahrnimmt, oder wenn er nicht genügende Inzichten für die Schuld findet, so hat er die Freilassung des Angeschuldigten anzuordnen, welche auf der Stelle zu vollziehen ist, wenn er nicht noch aus andern Gründen festgehalten wird. In dem gleichen Falle wird der Hof, wenn er auf eine Beschwerde gegen die durch einen Beschluß des Untersuchungsrichters ausgesprochene Freilassung des Angeschuldigten zu beschließen hat, diesen Beschluß bestätigen. (Art. 128.)

Art. 230.

Wenn der Hof glaubt, daß der Angeschuldigte vor ein einfaches Polizei- oder Zuchtpolizeigericht gestellt werden soll, so hat er die Verweisung vor das zuständige Gericht auszusprechen.

Art. 231.

Wenn die That durch das Gesetz als Verbrechen bezeichnet ist, und der Hof genügende Beweise findet, um die Versetzung in Anklage zu begründen, so ordnet er die Verweisung des Angeschuldigten vor die Geschworenen an.

In allen Fällen, und was auch der Beschluß des Untersuchungsrichters sein mag, ist der Hof gehalten,

Digitized by Google

auf die Anträge des Generalprocurators bezüglich Jedes der Angeschuldigten, welche vor ihn gebracht sind, Beschluß zu fassen.

Art. 241.

In allen Fällen, wo der Angeschuldigte vor die Geschworenen gewiesen wird, ist der Generalprocurator gehalten, eine Anklageschrift zu fertigen.

Die Anklageschrift soll enthalten:

1) Die Eigenschaft des Vergehens, welches den Grund der Anklage bildet,
2) die That und alle Umstände, welche die Strafe erschweren oder vermindern können; der Angeklagte muß genannt und deutlich bezeichnet sein.

Die Anklageschrift soll in folgender Fassung schließen:

„Demnach ist N. N. angeklagt, den und den Mord, den und den Diebstahl, unter den und den Umständen verübt zu haben."

Die angezogenen Bestimmungen bedürfen eines Kommentars nicht. Bei jedem Tribunal (Gericht I. Instanz-Kreisgericht) ist ein Untersuchungsrichter und eine Rathskammer, von welcher der Erstere, der alle hierher gehörigen Untersuchungen zu führen hat, Mitglied ist. Für die Versetzung in den Anklagestand, also Verweisung vor die Geschworenen, erkennt eine eigene Abtheilung des Appellhofes, an welche die Sache vom kaiserlichen Procurator durch Vermittelung des Generalprocurators vorgelegt wird.

Vorzüglich wichtig ist aber die Bestimmung des Art. 416 im Kapitel II. des dritten Titels im zweiten Buch, das von „den Nichtigkeitsbeschwerden" handelt, welcher bestimmt:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die vorbereitenden und in der Untersuchung ergangenen Beschlüsse oder die derartigen Urtheile im letzten Rechtszug kann nur nach dem endgültigen Beschluß oder Urtheil angestellt werden."

Als weitere characteristische Sätze verdienen Erwähnung die beiden Entscheidungen:

α) betreffend die Auslegung des Art. 127, daß die Beschwerde des Staatsanwalts gegen den Untersuchungsrichter an die Anklagekammer (bei dem Appellhof) geht, indem die Rathskammer (bei dem Tribunal I. Instanz) nicht entscheiden kann, weil eines ihrer Mitglieder (der Untersuchungsrichter) Partei ist,

β) des Art. 221, daß die Anklagekammer die einfachen Entschuldigungen, welche die Strafbarkeit ausschließen, nicht prüfen, also deßhalb eine Einstellung des Verfahrens nicht verfügen kann. (Urtheil des Kassationshofs vom 28. Februar 1828),

γ) die vorbeschriebenen Einrichtungen, soweit sie die Vorbereitung der Hauptverhandlung durch die Rathskammer betreffen, sind durch ein Gesetz vom 17. Juli 1856 einer tiefgreifenden Aenderung unterzogen worden, wie das schon die Ueberschrift des Kapitels IX. in seiner neuen Fassung: „Des ordonnances du juge d'instruction, quand la procédure est complète" anzeigt. Die wesentlichsten Bestimmungen sind folgende:

Art. 127.

Sobald die Voruntersuchung geschlossen ist, theilt sie der Untersuchungsrichter dem kaiserlichen Procurator mit, welcher ihm seine Anträge spätestens in drei Tagen zugehen läßt.

Art. 128.

Wenn der Untersuchungsrichter der Ansicht ist, daß die That weder ein Verbrechen, noch ein Vergehen, noch eine Uebertretung darstellt, oder daß kein Beweis gegen den Angeschuldigten vorliegt, so hat er durch einen Beschluß auszusprechen, daß eine Verfolgung nicht stattfindet, und seine Freilassung zu befehlen, wenn er verhaftet ist.

Art. 129.

Wenn er der Ansicht ist, daß die That nur eine einfache Polizeiübertretung ist, so verweist er ihn vor das Zuchtpolizeigericht, und befiehlt seine Freilassung, wenn er verhaftet ist.

Art. 130.

Wenn die That als geeigenschaftet erkannt wird, um mit zuchtpolizeilichen Strafen geahndet zu werden, so hat ihn der Untersuchungsrichter vor das Zuchtpolizeigericht zu verweisen.

Art. 132.

In allen Fällen der Verweisung, sei es an das Polizei-, sei es an das Zuchtpolizeigericht, ist der kaiserliche Procurator gehalten, spätestens in 24 Stunden der Canzlei des Gerichts, welches erkennen soll, alle Actenstücke mit Seitenzahl versehen, zu übersenden. In den Fällen der Verweisung an das Zuchtpolizeigericht ist er gehalten, in gleicher Frist dem Angeschuldigten Vorladung in eine der nächsten Gerichtssitzungen zukommen zu lassen.

Digitized by Google

Art. 133.

Wenn der Untersuchungsrichter der Ansicht ist, daß die That geeigenschaftet ist, mit Leibes- oder entehrenden Strafen geahndet zu werden, und daß die Anklage hinreichend begründet ist, so befiehlt er, daß die Untersuchungsacten, das Augenscheinsprotokoll und ein Verzeichniß der Ueberführungsstücke unverzüglich durch den kaiserlichen Procurator dem Generalprocurator am kaiserlichen Hof übersendet werde, damit nach dem Kapitel von der Versetzung in Anklage weiter verfahren wird.

Art. 134.

Die vom Untersuchungsrichter auf Grund der Art. 128. 129. 130. 131. 133 erlassenen Verfügungen sind auf den Antrag des kaiserlichen Procurators in Vollzug zu setzen. Sie enthalten Namen, Vornamen, Alter, Geburts- und Wohnort, sowie Gewerbe des Angeschuldigten, die übersichtliche Darstellung und die gesetzliche Bezeichnung der ihm zur Last gelegten That, und die Erklärung, daß oder daß nicht genügende Beweise vorliegen.

Art. 135.

Der kaiserliche Procurator kann in allen Fällen Beschwerde gegen die Verfügungen des Untersuchungsrichters einlegen; — der Angeschuldigte nur wegen verweigerter Freilassung gegen Sicherheit, oder wegen Unzuständigkeit. —

Die Beschwerde muß innerhalb 24 Stunden erhoben werden; die Frist dazu läuft gegen den kaiserlichen Procurator vom Tage des Beschlusses, gegen den Angeschuldigten vom Zustellungstag desselben an; sie geht an die Anklagekammer bei dem kaiserlichen Hof, welche darüber unter Aussetzung jedes andern Geschäfts erkennt.

In dem Kapitel von der Versetzung in Anklagestand sind nur außerwesentliche Aenderungen in der Wortfassung vorgenommen; in den mitgetheilten Gesetzesstellen ist der heutige Stand des Strafverfahrens in dem vorwürfigen Abschnitt enthalten, und schien die annähernd vollständige Wiedergabe derselben geboten, weil nur so die Einfachheit und Klarheit des Systems vollkommen zu Tage treten konnte. Sein Werth wird sich am besten bei einer Vergleichung bemessen lassen.

B. Die Darstellung des badischen Strafverfahrens soll dieselbe an die Hand geben. Von Interesse wird es dabei sein:

a) In der Strafprozeßordnung von 1845, welche freilich niemals zur Einführung gelangte, und sich in sehr wesentlichen Punkten, z. B. in dem Fehlen des Geschworenengerichts, von dem französischen Verfahren unterschied, ist doch eine Reihe von Aehnlichkeiten gerade mit dessen Bestimmungen vor und nach der Aenderung vom Jahr 1856 zu finden.

In dem Titel XVI., welcher die Ueberschrift führt:

„Vom Schluß der Untersuchung und von Anordnung der Schlußverhandlung oder Versetzung in den Anklagestand" bestimmt §. 206, daß, wenn die That durch kein Strafgesetz verboten sei, oder genügender Beweis fehle, oder Thatsachen, welche eine Strafloßigkeit des Angeschuldigten begründen, unzweifelhaft als vorhanden anzunehmen seien, das Bezirksgericht auszusprechen habe, es sei kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden.

§. 207. Andernfalls, und wenn seine Zuständigkeit außer Zweifel stehe, soll Hauptverhandlung angeordnet werden; halte es dagegen die hofgerichtliche Zuständigkeit für begründet, so ist der Beschluß zu fassen, daß der Angeschuldigte in Anklagestand zu versetzen sei, worauf die Acten an den Staatsanwalt des Hofgerichts eingesendet werden.

„Die Vorladung des Angeschuldigten zur Tagfahrt und ebenso der Beschluß, wodurch er in Anklagestand versetzt wird, müssen das ihm angeschuldigte Verbrechen mit den die Gattung und Art desselben bestimmenden Umständen und das Gesetz bezeichnen, nach welchem solches zu bestrafen ist."

§. 209. Gegen das Erkenntniß nach §. 206 hat der Staatsanwalt unbeschränkt und gegen dasjenige nach §. 207 der Angeschuldigte unter bestimmten Voraussetzungen das Recht der Beschwerdeführung an das Hofgericht.

Die übrigen Bestimmungen dieses Titels beziehen sich zum Theil auf das Verfahren in den zur hofgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Strafsachen, theils sind sie für die vorliegende Frage von minderem Gewicht. Dagegen sind die in dem Titel VII. getroffenen Bestimmungen von Erheblichkeit, indem ein Untersuchungsrichter die Untersuchungen in denjenigen Strafsachen führt, welche das Bezirksstrafgericht oder das Hofgericht in erster Instanz abzuurtheilen hat, und derselbe in einzelnen Fällen die Untersuchung an den Amtsrichter über-

Digitized by Google

tragen kann; er darüber regelmäßig dem Bezirksstrafgericht Vortrag erstattet, und auf diesem seinen mündlichen Vortrag (nach Anhörung des Staatsanwalts) die vorgenannten Beschlüsse des Gerichts ergehen. §. 53. 58. 60. 61. 205 Abs. 3 der Str.P.O. von 1845.

b) Die Strafprozeßordnung von 1864 hat keines von den drei Systemen in seiner Reinheit angenommen.

Im Gegensatz zu dem code d'instruction in seiner ursprünglichen Fassung ist der Untersuchungsrichter nicht Mitglied der Rathskammer bei dem Kreisgericht.

Während dieser und die Strafprozeßordnung von 1845 einen Untersuchungsrichter und eine Rathskammer bei jedem Collegialgericht erster Instanz haben, der Erstere außerdem noch eine Anklagekammer bei dem Appellhof hat (welche bei der Letzteren fehlt, weil hier der Beschluß des Bezirksstrafgerichts nach §. 207 Abs. 1 die Versetzung in den Anklagestand vor dem Hofgericht ausspricht), hat die Strafprozeßordnung von 1864 nur Eine Raths- und Anklagekammer für alle kreis- und schwurgerichtliche Sachen.

Sie besteht aber nicht bei jedem Collegialgericht erster Instanz, wie das nach dem Kommissionsbericht der II. Kammer zum Entwurf der Gerichtsverfassung in seinem allgemeinen Theil §. 18 und im besondern Theil zu §. 26 des Entwurfs vorgeschlagen ist, sondern nach dem Vorschlag der Regierung in ihrer Begründung zu §. 30 des Gerichtsverfassungsgesetzes und zur Str.P.O. S. 100, welcher sich der Kommissionsbericht der II. Kammer zur Str.P.O. S. 5 anschloß, nur bei den Kreis- und Hofgerichten. Dies ist wenigstens der Kern der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen, wenn auch die Feststellung derselben einigermaaßen durch den wechselnden Sprachgebrauch erschwert ist, indem die Bezeichnung „Kreisgericht" in dem Gerichtsverfassungsgesetz und der Strafprozeßordnung bald für die Collegialgerichte überhaupt, bald in der Bedeutung von Kreisgerichten, mit welchen ein Appellationssenat verbunden ist, gebraucht ist.

Regierungsbegründung zur Str.P.O. S. 100.
Commissionsbericht der zweiten Kammer dazu S. 2.
Gerichtsverfassungsgesetz §. 26.

Die Frage, ob die Raths- und Anklagekammer-Abtheilungen des Kreis- und Hofgerichts als Collegialgerichte I. Instanz oder als Appellationsgerichte sind, ist demnach zweifelhaft; thatsächlich sind sie aus Mitgliedern der letzteren, des Appellationssenats, zusammengesetzt, während sie das Gesetz als Bestandtheile der Kreisgerichte überhaupt ansieht.

Eine weitere Verschiedenheit gegenüber der Str.P.O. von 1845 besteht darin, daß die Rathskammer des Bezirksstrafgerichts ihr Erkenntniß nach §. 205 Abs. 3 auf mündlichen Vortrag des Untersuchungsrichters fällt, während die von 1864 in §. 204 Abs. 1 einen schriftlichen Antrag des Staatsanwalts fordert. Die Erstere läßt die Vertretung seines Antrags und des Falles überhaupt in der Sitzung der Rathskammer dem Staatsanwalt am Bezirksgericht, während nach der jetzigen Einrichtung der Staatsanwalt bei dem auswärtigen Kreisgericht die Vertretung seines Antrages in der Sitzung der Raths- und Anklagekammer dem Staatsanwalt am Sitze des Kreis- und Hofgerichts überlassen muß. §. 39 der Dienstvorschriften für die Staatsanwaltschaft.

C. Daß eine solche verwickelte Einrichtung Nachtheile im Gefolge haben muß, wird sich nicht läugnen lassen; statt der beabsichtigten Vereinfachung ist eine Weitläufigkeit bewirkt, welche insbesondere in folgenden Richtungen zu Tage tritt:

1) Es entsteht dadurch, und in Folge der gegenüber den verschiedenen richterlichen Verfügungen festgesetzten Fristen zur Geltendmachung von Rechtszuständigkeiten ein unverhältnißmäßiger Zeitaufwand. — Ist die Voruntersuchung geschlossen, so muß dem Angeschuldigten (wozu meist eine besondere Vorladung nothwendig fallen wird) vom Untersuchungsrichter eröffnet werden, daß ihm freistehe, etwaige weitere Anträge binnen drei Tagen bei dem Untersuchungsrichter und nach deren Ablauf bei der Raths- und Anklagekammer zu stellen. §. 200. Folgt sodann Actenmittheilung an den Staatsanwalt bei dem Kreisgerichte §. 202 Abs. 1. Dieser fertigt einen schriftlichen Antrag, und sendet ihn, (wenn er auswärts seinen Wohnsitz hat) an den Staatsanwalt bei dem Kreis- und Hofgericht. §. 39 Abs. 2 d. V. f. d. St.A., welcher ihn der Raths- und Anklagekammer vorlegt. §. 204 Abs. 1.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 27.

(Schluß von Art. 84.)

In der demnächstigen Sitzung derselben ergeht, wenn keine Ergänzungsverfügung erlassen wird, sofort Verweisungbeschluß, §. 207, worauf die Acten dem Untersuchungsrichter zu dessen Eröffnung an den Angeschuldigten zurückgesendet werden, §. 211, zu welchem Behufe, wenn dieser nicht gerade verhaftet ist, abermalige Vorladung nothwendig fällt. Gegen den Verweisunsbeschluß hat er die Beschwerde, und zu deren Ausführung eine zehntägige Frist, §. 213. 413. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist, beziehungsweise Erledigung der Beschwerde, gelangen die Acten zum zweitenmal an die Raths- und Anklagekammer, welche sie der Strafkammer zur Anberaumung der Hauptverhandlung zugehen läßt, worauf diese unter Beobachtung der Vorschrift des §. 214, und nachdem der Vorsteher des erkennenden Gerichts den verhafteten Angeklagten über etwaige Beschwerden und weitere Anträge vernommen hat, §. 221, angesetzt wird.

Unter solchen Umständen, und in Anbetracht, daß aus zufälligen Ursachen da und dort eine Sache etwas liegen bleibt, wird es nicht wundern dürfen, daß nach einer Zusammenzählung aller zur Verhandlung bei der Strafkammer (Abtheilung) des hiesigen Kreisgerichts gelangten Fällen aus dem ersten Vierteljahr 1866 die Zeit, welche zwischen Einreichung des staatsanwaltschaftlichen Antrags bei der Raths- und Anklagekammer und dem Tag der Hauptverhandlung in der Mitte lag, durchschnittlich 44 Tage betrug. Noch weniger wird es befremden dürfen, in den meisten Verhandlungen die Aeußerung der Auskunftspersonen zu vernehmen: „sie wüßten den Sachverhalt nicht mehr genau, weil es zu lange her sei, sie berufen sich auf ihr Protokoll." Und die angegebenen Folgen traten ein, trotzdem, daß der Geschäftsgang und die Erledigung bei den Raths- und Anklagekammern ein sehr pünktlicher ist, und auch Seitens der Untersuchungsrichter die Strafsachen durchweg als dringliche behandelt werden.

Der Grund des Uebels muß somit in den gesetzlichen Einrichtungen liegen.

2) Es wird dagegen kein Zweifel obwalten, daß die bestehende Einrichtung erhöhte Arbeitskräfte erheischt, daß also eine Beseitigung derselben eine Verminderung des richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Personals ermöglichen dürfte.

3) Man könnte sich gewiß auch trotz der angeführten Uebelstände, des Aufwandes von Zeit und Mühe, mit der bestehenden Einrichtung der Raths- und Anklagekammern befreunden, wenn nur auf der andern Seite für die Strafrechtspflege materiell ein entsprechender Gewinn erwüchse. Allein ein solcher ist schon von vornherein sehr zweifelhaft; weitaus in der Mehrzahl der Fälle schließt sich das Verweisungserkenntniß nicht bloß nach seinem sachlichen Inhalt, sondern auch nach seiner Wortfassung vollständig an den staatsanwaltschaftlichen Antrag an. Wäre es also möglich, mit Beseitigung des Verweisungserkenntnisses den Antrag beizubehalten, so dürfte dem Bedürfniß Genüge gethan sein, wovon jedoch erst weiter unten die Rede sein soll.

Hier soll nur noch ein Punkt erwähnt werden, welcher zeigen soll, daß die Einrichtung der Raths- und Anklagekammer, welche eine doppelte Prüfung und zwar durch zwei verschiedene Behörden, jene und das erkennende Gericht verordnet, geradezu ein Hinderniß für eine materiell richtige Entscheidung bewirken kann. Schwarze in seiner Schrift, das deutsche Schwurgericht und seine Reform S. 62—69, weist darauf hin, welche Unzukömmlichkeiten unter Umständen daraus entstehen können, daß bei der Stellung der Fragen an die Geschworenen durch den Schwurgerichtshof beide Collegien mit dem Inhalte derselben einen verschiedenen Sinn verbinden; daß der letztere in dem Wahrspruch der ersteren schon eine Bejahung erblickte, während jene die Frage zu verneinen gemeint waren; daß in die Frage ein Bestandtheil, eine Thatsache aufgenommen wurde, welche die Geschworenen als entscheidend ansahen, während der Gerichtshof damit die That nur zu individualisiren beabsichtigte u. dgl. mehr. Seine Klagen sind gewiß theilweise begründet, aber es wird sich denselben nach dem in Deutschland angenommenen System, daß die Entscheidung über die

Digitized by Google

That- beziehungsweise Schuldfrage und über die Rechtsfrage zwischen beiden Collegien getheilt ist, nicht wohl abhelfen lassen. Vermeiden aber sollte man eine Einrichtung, welche derartige Gefahren auch noch in andere Gebiete außer dem Schwurgerichtsverfahren hineintragen kann.

Es kann der Fall vorkommen, daß die Raths- und Anklagekammer ein auf einer falschen (oder auf einer von der des erkennenden Gerichts abweichenden) Rechtsansicht beruhendes Anklageerkenntniß erläßt, daß es Thatsachen als unerheblich nicht darin aufnimmt, welche dieses als erheblich und zum Thatbestand des angeklagten Vergehens nothwendig ansieht. Dann geschieht dem letzteren Zwang, und es leidet entweder die materielle Gerechtigkeit Noth, indem eine Freisprechung erfolgt, wo das erkennende Gericht von der Schuld überzeugt ist, oder es muß die Verurtheilung auf Thatsachen sich stützen, welche, obschon durch die Voruntersuchung hergestellt, unter die wesentlichen Thatsachen, auf welchen die Anschuldigung beruht, von der Raths- und Anklagekammer nicht aufgenommen sind.

Einige Beispiele sollen das erläutern:

J. A.S. gegen Grombach von Lörrach wegen Betrugs (verübt durch Verkauf einer fremden Kuh und Einklagung des Kaufpreises unter trüglichen Vorspiegelungen), fand die großh. Raths- und Anklagekammer, daß die That durch kein Strafgesetz verboten sei, und entband deßhalb von der Anschuldigung; auf ergriffene Beschwerde verwies das großh. Oberhofgericht den Angeschuldigten wegen (vollendeten) Betrugs vor die Strafkammer des Kreisgerichts, und dieses verurtheilte ihn auf die nämlichen Thatsachen hin, wegen versuchten Betrugs. Wie, wenn das Oberhofgericht in der Handlung des Angeschuldigten nur Versuch, und das erkennende Gericht das vollendete Vergehen gefunden hätte?

J. A.S. gegen Amrein von Degerfelden wegen Unzucht mit einer Willenlosen hatte die Raths- und Anklagekammer auf Grund des §. 338 des Str.G.B. die Aufstellung eines Vormunds verfügt, welcher darüber befragt werden sollte, ob er die zur gerichtlichen Verfolgung erforderliche Anzeige erhebe. Nachdem auf Weisung des Untersuchungsrichters der Gerichtsnotar einen solchen aufgestellt, und dieser die Anzeige erhoben hatte, erfolgte die Verweisung des Angeschuldigten vor die Strafkammer, welche ihn freisprach, weil das Gesetz einen besondern Vormund zum Behuf der Erhebung einer Anzeige nicht kenne, der allgemeine Vormund aber nach Vorschrift des Landrechts nur nach vorausgegangener Entmündigung ernannt werden dürfe, und eine solche nicht vorhergegangen sei.

J. A.S. gegen Kneuslin von Gersbach wegen Widersetzlichkeit ging die Anschuldigung im Verweisungserkenntniß dahin, daß er mit einer Holzaxt den öffentlichen Bediensteten bedroht habe; also erschwerte Widersetzlichkeit wegen Bedrohung mit einem gefährlichen Werkzeug; die Strafkammer fand das angeklagte Vergehen nicht in dieser Handlung, sondern in dem (in das Verweisungserkenntniß nicht aufgenommenen, aber schon in der Voruntersuchung hergestellten) Thatumstand, daß sich der Angeschuldigte später an dem Steueraufseher thätlich vergriffen habe, und verurtheilte ihn wegen erschwerter Widersetzlichkeit, weil verübt durch körperliche Mißhandlung eines öffentlichen Bediensteten.

D. Scheint nach dem Vorgetragenen eine Abhülfe geboten, so ist es klar, daß dieselbe nicht durch Aenderung einzelner Bestimmungen, sondern nur durch eine Ersetzung der seitherigen Einrichtung mit einer anderen, d. i. mit der Abschaffung des Verweisungserkenntnisses für die in Frage liegenden Straffälle gewonnen werden kann.

Zur Vermeidung von Wiederholungen will ich übrigens sofort dasjenige ausscheiden, was von dem untenfolgenden Aenderungsvorschlag ausgeschlossen bleiben soll, nämlich:

a) Die Anklagekammer und das Verweisungserkenntniß für die schwurgerichtlichen Strafsachen.

Bezüglich ihrer kommt der größere Zeitaufwand nicht wohl in Betracht, weil doch nur alle Vierteljahre Sitzungen stattfinden; anderseits sind für den Angeschuldigten die Folgen seiner Gestellung vor die Geschworenen, welche also ein Verbrechen voraussetzt, und fast in allen Fällen Untersuchungshaft nach sich ziehen muß, so schwere, daß in seinem Interesse alle möglichen Garantien für die sorgfältigste Prüfung geboten erscheinen. Auch die Rücksicht auf die Geschworenen, die große Zahl der zur Mitwirkung bei einer schwurgerichtlichen Verhandlung berufenen Personen überhaupt, und die damit verbundenen Kosten wird zu dem gleichen Ergebniß führen.

b) Außerdem ist für alle Strafsachen eine Behörde nothwendig (und dafür dürfte der Name: Rathskammer

Digitized by Google

der entsprechende sein), welche in kollegialischer Verfassung und über dem Untersuchungsrichter stehend, in folgenden Fällen Entscheidung zu geben hätte:

α) bei Meinungsverschiedenheit zwischen dem letzteren und dem Staatsanwalt über Einleitung einer Untersuchung, Versetzung in den Stand der Anschuldigung, Verhaft u. dgl.,

β) bei Beschwerden des Angeschuldigten gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters, z. B. auf Verhaft,

γ) überhaupt, wenn dieser Angesichts einer vorzunehmenden wichtigen Untersuchungshandlung Auskunft und Rath zu erhalten wünscht.

Die Rathskammer könnte nun entweder eine Abtheilung des Kreisgerichts bilden, sowie nach der Str.P.O. von 1845 jedes Bezirksgericht eine Rathskammer darstellte; oder, was zweifelsohne das zweckmäßigste wäre, nach dem Vorbild der französischen Str.P.O. mit der Anklagekammer (bei dem Appellhof — dem Appellationssenat bei dem Kreis- und Hofgericht) verbunden sein. Einen erheblichen Geschäftszuwachs würde dieselbe dadurch schwerlich erleiden, indem gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters in dem hiesigen Kreise im Jahre 1866 nur zwei Beschwerden, die eine wegen verweigerter Einleitung einer Untersuchung, die andere wegen verweigerter Einvernahme einer Auskunftsperson erhoben, von denen die eine stattgebend, die andere abweislich von der Raths- und Anklagekammer verbeschieden wurde.

E. Da nach dem seither Gesagten die Aufhebung des Verweisungserkenntnisses und damit der Wegfall der Anklagekammer bei kreisgerichtlichen Straffällen als wünschenswerth erscheint, so käme es nur noch auf die Auffindung eines geeigneten Ersatzmittels für dieselbe an. Ein solches sieht meines Erachtens vollkommen mit Recht die jetzige französische Gesetzgebung in der Verfügung des oben schon mitgetheilten Artikels 134, es hätte also der Staatsanwalt am Schluß der Voruntersuchung einen bestimmt formulirten Antrag, entsprechend der Bestimmung des §. 207 der Str.P.O., einzureichen nebst dem Verzeichniß seiner Beweismittel, welche dem Angeschuldigten zugleich mit dem darauf ergangenen Beschluß des Untersuchungsrichters zu eröffnen wären, und worauf derselbe seine weiteren Anträge zu Protokoll geben könnte. Ein Beschwerderecht des Angeschuldigten gegen die Verfügung des Untersuchungsrichters, welche ihn vor die Strafkammer verweist, scheint an sich ebenso wenig geboten, als gegen die Verweisung vor das Schöffengericht. Wollte man übrigens, trotzdem der Beschuldigte schwerlich ein Interesse daran hat, anstatt der Aburtheilung durch die Strafkammer des Kreisgerichts eine einfache Entbindung von der Anklage zu erstreben, ihm ein solches geben, so würde dasselbe am zweckmäßigsten durch die Anklagekammer des Kreis- und Hofgerichts erledigt werden. Eine solche Einrichtung träfe also mit der geltenden französischen zusammen, käme derjenigen der Str.P.O. von 1845 in §. 207 Abs. 1 ganz nahe, indem hier in den geeigneten Fällen das Bezirksstrafgericht ohne Verweisungserkenntniß-Tagfahrt zur Schlußverhandlung anordnet, und würde thatsächlich das Gleiche bewirken, was ein mir vorliegender, von der Gesetzgebungs-Commission im Jahr 1835 verfaßter Entwurf einer Str.P.O. in §. 284 und 287 bestimmte: daß der Untersuchungsrichter die Acten am Schluß der Voruntersuchung dem Staatsanwalt mittheilt, und dieser, wenn er findet, daß die Sache nicht vor das Kriminalgericht, sondern zur Zuständigkeit des Bezirks- oder Amtsgerichts gehört, sie einfach dahin abgibt.

Daß auch in Preußen nachträglich durch eine Verordnung vom 3. Januar 1849 ebendieselbe Aenderung und damit Vereinfachung des früheren Verfahrens bewirkt wurde, ergibt sich aus Plank's angeführtem Werke S. 462, auf welche ich bei Abgang des preußischen Strafprozeßgesetzes verweisen muß.

F. Ob eine Einrichtung, wie die vorgeschlagene, an Stelle der Verweisung durch die Raths- und Anklagekammer, an maßgebender Stelle schon Gegenstand der Prüfung und Erörterung gewesen, ist mir nicht bekannt; privative habe ich schon folgende Einwendungen dagegen geltend machen hören:

a) Mangel der erforderlichen Gründlichkeit bei Prüfung der Zulässigkeit der Anklage. Ein derartiger Vorwurf wäre vielleicht nicht ganz unbegründet, wenn davon die Rede wäre, überhaupt die hier einschlagenden französischen Einrichtungen und Bestimmungen zu übertragen, wovon jedoch nicht die Rede ist.

1) Charakteristisch blieben immerhin folgende Unterschiede:

α) daß das badische Prozeßgesetz im Gegensatz zum französischen in allen schwur- und kreisgerichtlichen Strafsachen eine gerichtliche Voruntersuchung verlangt, §. 66,

β) daß der Angeschuldigte nach obigem Vorschlag

Digitized by Google

gegen die Verfügung des Untersuchungsrichters, welche mit seiner Versetzung in Anklagestand auch dessen Verweisung vor die Strafkammer ausspricht, in den Fällen des §. 213 ein Beschwerderecht an die Anklagekammer bei dem Kreis- und Hofgericht hätte, während das französische Gesetz (Art. 135 nach der Fassung vom 17. Juli 1856) ihm ein solches nur wegen Unzuständigkeit des Gerichts, an welches er verwiesen ist, gewährt,

γ) eine besondere Sicherheit für gute und gründliche Rechtspflege gewährt unzweifelhaft die Besetzung der Strafkammer mit fünf Richtern, §. 26 I. des Gerichtsverfassungsgesetzes im Gegensatz zu der Besetzung des correktionellen Gerichts mit nur dreien. Art. 180 des code d'instruction.

2) Die Mittel und Wege zur möglichst gründlichen Prüfung der Anklage noch vor der Hauptverhandlung sind also gegeben, und es käme nur noch auf deren Benützung durch beide Theile an. Was nun

α) den Staatsanwalt anbelangt, so hat derselbe die ihm im Titel IV. der Str.P.O. übertragenen Mittel, um die Voruntersuchung nach allen Seiten hin ihren Zweck erfüllen zu machen. Außerdem hat derselbe selbstverständlich das Beschwerderecht gegen die Verfügung des Unterrichters am Schluß der Voruntersuchung unter den Voraussetzungen des §. 212,

β) der Angeschuldigte ist seinerseits mehr als hinreichend durch das ihm verliehene Recht, jene Verfügung durch Anrufung eines Erkenntnisses der Anklagekammer anzufechten, geschützt. Weiter zu gehen, d. h. eine Prüfung der Anklage und ein Verweisungserkenntniß durch diese Behörde zur gesetzlichen Nothwendigkeit zu erklären, auch wenn der Angeklagte, auf dessen Schutz es dabei abgesehen ist, es gar nicht begehrt, das heißt unter Umständen eine Wohlthat zur Plage machen. Zwei Fälle vom Jahr 1866 aus hiesigem Kreise sollen das deutlich veranschaulichen:

J. A.S. gegen Kunz von Nieslau wegen Widersetzlichkeit befand sich der Angeschuldigte als Ausländer volle sieben Wochen in Untersuchungshaft, bis er durch Urtheil der Strafkammer freigesprochen wurde.

J. A.S. gegen Mißlin von Bartenheim und Genossen wegen erschwerten Zollvergehens befanden sich die drei Angeschuldigten vom 10. Juli bis zum 7. September in Untersuchungshaft, an welch letzterem Tage erst Blankhard von Rosenau in Folge seiner Freisprechung auf freien Fuß gesetzt werden konnte.

Das Verfahren zwischen Voruntersuchung und Hauptverhandlung nahm in beiden Fällen nicht mehr Zeit in Anspruch, als durchschnittlich, und ebenso war in beiden Fällen die Gestellung vor das erkennende Gericht und die Verhängung des Untersuchungsverhafts gesetzlich vollkommen gerechtfertigt und geboten.

b) Ein anderer Einwurf, der zuweilen erhoben wird, läuft darauf hinaus, daß durch Abschaffung der Anklagekammer für kreisgerichtliche Strafsachen der Staatsanwalt bezüglich ihrer allzu selbstständig gestellt, kurz ausgedrückt, souverain gemacht würde. Seine Unbegründetheit soll eine kurze Beleuchtung der verschiedenen Richtungen, in welchen die gedachte Behörde als Anklagebehörde im engern Sinn wirken soll, darthun. Ihr Beruf nach gegenwärtigem Gesetz ist:

α) ein positiver, indem durch sie bewirkt werden soll, daß jede begründete Anklage auch wirklich erhoben werde, und zwar je nach dem Stadium, in welchem sich eine Sache befindet.

Hat der Staatsanwalt eine Anzeige für beruhend erklärt, so kann die Raths- und Anklagekammer auf Anrufen des Verletzten §. 61 Abs. 3 aussprechen, daß Grund zur Einleitung einer Untersuchung vorliege, worauf der Staatsanwalt die Anklage erheben muß. In Ermangelung einer subsidiären Privatanklage (oben III. 1) müßte die fragliche Einrichtung im Interesse des Beschädigten beibehalten werden. Darüber hinaus hat aber die Raths- und Anklagekammer keine Initiative, um eine strafgerichtliche Verfolgung zu bewirken, sie darf eine solche niemals von Amtswegen verfügen.

Nach §. 202 kann die eingeleitete und durchgeführte Voruntersuchung von dem Untersuchungsrichter und Staatsanwalt im beiderseitigen Einverständniß eingestellt werden. Hiergegen hat der Beschädigte nicht einmal, wie in dem oben erwähnten Fall, ein Beschwerderecht, §. 212 und Amann, Anmerkung 4, so daß der Raths- und Anklagekammer jede Möglichkeit einer Einwirkung fehlt.

§. 205 Abs. 5 weist endlich der Raths- und Anklagekammer die Aufgabe zu, wenn sie die Anklage an sich begründet findet, auszusprechen, ob die Sache von dem Schwurgericht oder Kreisgericht abgeurtheilt werden

Digitized by Google

soll, und (so lange es mehrere Strafkammerabtheilungen in demselben Gerichtssprengel mit zusammentreffender Gerichtsbarkeit gibt, oben II. 1) vor welcher Abtheilung. Dieser Beschluß fiele nach dem besprochenen Vorschlag nunmehr dem Untersuchungsrichter mit Ausnahme der schwurgerichtlichen Fälle, wo der Anklagekammer die Entscheidung bliebe, zu. Daß übrigens dadurch die Machtbefugniß des Staatsanwalts vermehrt, seine Stellung selbstständiger würde, ist nicht abzusehen; an die Stelle der Raths- und Anklagekammer träte ja einfach, mit ganz gleicher Befugniß ausgerüstet, der Untersuchungsrichter. Ein einziges Bedenken bleibt in der Richtung über, ob nicht durch Ueberlassung der vorläufigen Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage an den Untersuchungsrichter geflissentlicher oder irrthümlicher Weise Anklagen an das zu ihrer Aburtheilung nicht zuständige Gericht gebracht werden möchten. Einen ausreichenden Schutz dagegen gewähren:

die Oeffentlichkeit, welche heut zu Tage alle gemeinen Angelegenheiten, die Rechtspflege nicht ausgeschlossen, durchdringt;

das Pflichtgefühl des Untersuchungsrichters und des Staatsanwaltes, deren Zusammenwirken ja erst zu einem solchen unrichtigen Ergebniß führen könnte;

das Beschwerderecht des Angeschuldigten. §. 213 Ziffer 2;

die dem erkennenden Gericht gesetzlich zustehende Befugniß, sich für unzuständig zu erklären. §. 248 Abs. 4.

Ohnedies könnte eine derartige unrichtige Verweisung nur in der doppelten Richtung vorkommen, daß

aa) der Untersuchungsrichter eine Sache, welche zur Zuständigkeit des Kreisgerichts gehört, vor das Schöffengericht verwiese, m. a. W. der Amtsrichter in einem solchen Fall Tagfahrt zur Hauptverhandlung anordnete; ist dagegen keine Beschwerde erhoben, so kann nur die Unzuständigkeitserklärung des Schöffengerichts und das Rechtsmittel des Rekurses helfen,

bb) oder daß der Untersuchungsrichter eine zur schwurgerichtlichen Zuständigkeit gehörige Strafsache im Einverständniß mit dem Staatsanwalt vor die Strafkammer verwiesen hätte. Hiergegen würde ebenso die Unzuständigkeitserklärung der letzteren und die Nichtigkeitsbeschwerde nach §. 373 Ziff. 5 Platz greifen.

Bei der Klarheit der gesetzlichen Bestimmungen, Gerichtsverfassungsgesetz Beilage I. und II., wird eine irrthümliche Verweisung nicht leicht vorkommen; stellt sich der Sachverhalt in der Hauptverhandlung anders heraus, als in der Voruntersuchung, so geht daraus hervor, daß nicht die Verweisung eine irrthümliche war, sondern daß eben eine mündliche Verhandlung nothwendig fiel, um den Sachverhalt soweit aufzuklären, daß die Frage der Zuständigkeit ihre Erledigung fand. Erst in den letzten Wochen ereignete sich der Fall, daß die Raths- und Anklagekammer I. A.S. gegen Becherer von Egringen, nachdem sie zuerst eine eingehende Vervollständigung der Voruntersuchung bewirkt hatte, auf staatsanwaltschaftlichen Antrag, wegen erschwerter Wilderei §. 645 Ziff. 3 des Str.G.B. verwies, und die Strafkammer sich für unzuständig erklärte, weil sie einen Versuch der Tödtung annahm.

β) Der Beruf der Raths- und Anklagekammer als Anklagebehörde im engern Sinn ist auch ein negativer, indem sie verhindern soll, daß gegen Jemanden eine unbegründete Anklage erhoben werde. In dieser Beziehung kann ich nur das Obengesagte wiederholen, daß man die Fürsorge für den Angeschuldigten nicht übertreiben soll. Er findet seinen Schutz zuvörderst in dem Staatsanwalt selbst, welcher sich hüten wird, sich durch eine offenbar unbegründete Anklage blos zu stellen; in dem Untersuchungsrichter, welcher die beantragte Versetzung in den Stand der Anschuldigung ablehnen kann; in dem erkennenden Gericht, dessen freisprechendes Urtheil, nachdem er doch einmal als Angeschuldigter behandelt wurde, bei ihm weitaus den Vorzug erhalten muß vor einer Einstellung im geheimen Verfahren nach §. 206; und endlich in dem Rechtsmittel der Beschwerde an die Anklagekammer, wenn er sich demohnerachtet durch die Verweisung vor das erkennende Gericht beschwert finden sollte.

Das wären nun die Gründe, welche mich zur Anregung der vorwürfigen Frage — Beibehaltung oder Beseitigung der Anklagekammern bei kreisgerichtlichen Straffällen — auf welche ich bei der ganzen Erörterung den Hauptwerth lege, veranlaßt haben. Es ist mir unbekannt, ob an maaßgebender Stelle eine Abänderung des bestehenden Verfahrens an sich für zweckentsprechend oder in Anbetracht des kurzen Bestehens der jetzigen Gesetzesgebung für zeitgemäß angesehen wird. Ich für

Digitized by Google

meinen Theil hielt es für ein Recht und gewissermaaßen auch für eine Pflicht, Wahrnehmungen aus der eigenen Thätigkeit und die daraus gezogenen allgemeinen Schlußfolgerungen (denn nur dafür will die vorstehende Mittheilung angesehen werden) zur allgemeinen Kenntniß zu bringen, und sie dadurch vielleicht weiter nutzbar zu machen.

Lörrach im Januar 1867.

A. Wagner.

85.

Das Verbot im Dienstvertrag, nach dem Austritt aus dem Geschäfte in ein ähnliches einzutreten, kann nicht als ein nichtiges angesehen werden.

Der einem Diener zugesagte Antheil am Gewinn ist als Besoldungstheil zu behandeln, kann daher, auch wenn der Gewinn erst später festgesetzt wird, doch bis zum früher erfolgten Austritt aus dem Geschäfte nach Verhältniß gefordert werden.

In Sachen

des Vereins chemischer Fabriken in Mannheim, Klägers, Appellanten, Coappellaten, Oberappellanten; Cooberappellaten,

gegen

Julius Giese von da, zur Zeit in Ludwigshafen, Beklagten, Appellaten, Coappellaten, Oberappellaten, Coappellanten,

Conventionalstrafe betr.

Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien wurde der Beklagte J. Giese am 22. August 1858 von der Direktion des klagenden Vereins als Spezialdirektor der Fabrik Wohlgelegen angestellt. Er sollte in dieser Eigenschaft für die Zeit vom 1. Januar 1859 bis 1. Januar 1864 einen jährlichen Gehalt von 1600 fl. und von letzterm Tage an bis zum 1. Januar 1869 einen Gehalt von 1800 fl. beziehen, sowie ⅔ von 1 % des Reingewinns empfangen, welchen die Generalversammlung der Actionäre jährlich als Dividende festsetzen würde. Dagegen verpflichtete er sich unter Anderm, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe von 10,000 fl. Alles, was sich auf die Fabrikationsmethode des Vereins beziehe, geheim zu halten, und sich in den ersten 5 Jahren nach seinem Austritt aus dem Dienste an keiner in den Zollvereinsstaten, Oesterreich oder Frankreich gelegenen Fabrik zu betheiligen, welche sich die Darstellung eines oder einiger der Fabrikate des Vereins zur Aufgabe mache. Durch weitere Uebereinkunft vom 30. Juni 1862 wurde sein Antheil am jährlichen Reingewinn der Gesellschaft auf 1 pCt. erhöht, und die Dauer seines Dienstvertrags bis zum 30. Juni 1872 verlängert. Er trat jedoch schon am 28. März 1865 — und zwar ohne Genehmigung der Direktion des Vereins — aus dem Dienste aus und übernahm sofort die Stelle eines Direktors der Anilin- und Sodafabrik zu Ludwigshafen, — einer Fabrik, welche theilweise eben solche Stoffe producirt, wie sie von jenem Verein fabricirt werden. Letzterer stellte deßhalb gegen Giese eine Klage auf Forterfüllung des Dienstvertrags vom 22. August 1858 an und erwirkte auch am 16. October 1865 ein seinem Begehren entsprechendes Urtheil, während eine um die nämliche Zeit von Giese gegen den Verein erhobene Klage, worin Jener die Aufhebung seines Dienstvertrags verlangt hatte, weil er auf Vortrag seiner Bitte um Dienstentlassung von den beiden Direktoren des Vereins beschimpft worden war, abgewiesen wurde. — Da Giese dem gegen ihn erlassenen Urtheil und einer weitern am 15. Mai v. J. ergangenen richterlichen Aufforderung zum Wiedereintritt in seinen Dienst nicht nachkam, wurde er Ende Juni v. J. vom Verein auf Zahlung der in §. 6 seines Dienstvertrags stipulirten Conventionalstrafe von 10,000 fl. belangt. Er bestritt die rechtliche Zulässigkeit dieser Klage und machte eventuell zur Wettschlagung des kläger'schen Anspruchs seine noch für den Monat März 1865 restirende Gehaltsforderung, sowie die ihm für die Zeit vom 1. Juli 1864 bis Ende März 1865 gebührende Tantième von 1 pCt. desjenigen Reingewinns der klagenden Gesellschaft geltend, welcher am 30. Juni 1865 als dem Ende des Geschäftsjahrs 1864/65, von der Generalversammlung der Aktionäre zur Vertheilung bestimmt worden sei.

Das Gericht erster Instanz verurtheilte ihn darauf zur Zahlung des eingeklagten Betrags abzüglich einer Summe von 135 fl. 30 kr., als seines für die Zeit vom 1. bis 28. März 1865 noch restirenden Gehalts, sowie abzüglich der Summe von 3179 fl. 3 kr., als der ihm für die Zeit vom 1. Juli 1864 bis 28. März 1865 am Reingewinn der Gesellschaft gebührenden Tantième.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation beider Parteien in zweiter Instanz bestätigt, nachdem dort der Beklagte

Digitized by Google

noch die weitere Einwendung vorgebracht hatte, daß die Direktion und der Verwaltungsrath der klagenden Gesellschaft in der Frankfurter Zeitung vom 19. Dezember v. J. den Inhalt des Urtheils vom 16. Oktober 1865 nebst dessen Entscheidungsgründen und den von den beiden Direktoren gegen ihn verübten Injurien veröffentlicht und sich hierdurch einer schweren Ehrverletzung gegen ihn schuldig gemacht hätten, welche ihn zur Aufhebung seines Dienstvertrags oder wenigstens zu einer Entschädigungsforderung in einem, der eingeklagten Summe gleichkommenden Betrage berechtige.

Beide Parteien ergriffen gegen die Urtheile der vordern Instanzen die Oberappellation.

Das großh. Oberhofgericht erkannte jedoch am 6. Juni 1867 bestätigend.

Ueber die Unbegründetheit ihrer Beschwerden sprach sich der Gerichtshof dahin aus:

„Was diejenige des Beklagten betrifft, so ist bereits in den Gründen zu jenen Urtheilen in genügender Weise dargethan, daß die gegen die Zulässigkeit der Klage vorgebrachten Einwendungen nicht gerechtfertigt sind, — daß insbesondere der in der Klage ausgedrückte Vorbehalt einer spätern Verfolgung etwaiger weiterer Entschädigungsansprüche des Klägers keinen Grund dazu abgeben kann, den jetzt eingeklagten Anspruch als einen unstatthaften anzusehen, — und daß die im Dienstvertrag enthaltene Bestimmung, wodurch dem Beklagten eine Betheiligung an einer ähnlichen Fabrik, wie der klägerischen, für die ersten 5 Jahre nach seinem Dienstaustritt verboten wurde, keineswegs als ein gegen die Gesetze oder guten Sitten verstoßendes und daher nichtiges Geding betrachtet werden kann.

Eben so ist, was die aus dem Inserat in der Frankfurter Zeitung geschöpfte Einrede betrifft, bereits vom Appellationsgericht nachgewiesen, daß keine hinreichenden Gründe zu der Annahme vorhanden sind, der Vorstand des klagenden Vereins habe sich bei der Veröffentlichung des Urtheils vom 16. Oktober 1865 und der zu dessen Verständniß nöthigen Thatsachen durch die Absicht, die Ehre des Beklagten zu verletzen, leiten lassen, — und daß daher in dieser Veröffentlichung keine widerrechtliche Handlung liegt, welche den Beklagten zu einer Entschädigungsforderung, wie er sie zur Wettschlagung der klägerischen Forderung — übrigens ohne alle nähere Begründung — aufgestellt hat, berechtigen könnte.

Anlangend die Beschwerde des Klägers, welche dagegen gerichtet ist, daß dem Beklagten gestattet wurde, an der eingeklagten Summe seinen für die Zeit vom 1. Juli 1864 bis 28. März 1865 berechneten Antheil an der Dividende des Geschäftsjahrs 1864/65 in Abzug zu bringen, so erscheinen die Urtheile der vordern Instanzen auch in diesem Punkte als gerechtfertigt.

Obschon nämlich Beklagter seinen Dienstvertrag im Laufe jenes Geschäftsjahrs gebrochen hat, so kann er deßhalb doch nicht derjenigen Rechte verlustig werden, welche er schon vor seinem Austritt aus dem Dienst erworben hatte.

Dies erkennt auch Kläger insofern an, als er gestattet, daß Beklagter an der eingeklagten Forderung seine noch für die Zeit vom 1. bis 28. März 1865 restirende fixe Besoldung abziehe, weil diese — eine Gegenleistung für vermiethete Dienste — arg. der L.R.S. 1708. 1711 Abs. 3. 584 als eine bürgerliche Frucht zu betrachten und daher nach L.R.S. 586 vom Beklagten Tag für Tag erworben worden sei. Wie mit der fixen Besoldung verhielt es sich aber auch mit dem sogenannten Tantièmenanspruch des Beklagten. Es ist hiebei nicht zu erörtern, unter welche Art von Früchten im rechtlichen Sinne der aus einem Fabrikgeschäft erzielte Gewinn zu rechnen ist. Denn für den Beklagten, der — wie Kläger selbst geltend macht — nicht als ein Aktionär der Gesellschaft anzusehen war, hatte die als Jahresdividende auszuzahlende Summe eine andere rechtliche Bedeutung, als für die Mitglieder der Gesellschaft. Für Letztere bildete sie einen Gewinn, welcher ihnen auf Grund des Gesellschaftsvertrags für ihre Beiträge zur Gesellschaft gebührte; dagegen hatte sie der Beklagte, wie im §. 3 seines Dienstvertrags ausdrücklich bemerkt ist, als Gegenleistung für seine der Gesellschaft vermietheten Dienste zu fordern. Sie war daher, wenn sie auch in jenem Vertrag als ein ihm gebührender „Antheil am Gewinn“ der Gesellschaft bezeichnet wurde, ihrer rechtlichen Natur nach immerhin ein bloses Miethgeld, — ein Gehalt, der sich vom übrigen, dem Beklagten zugesicherten Gehalte nur dadurch unterschied, daß er — während Letzterer schon zum Voraus fest bestimmt und monatlich zu zahlen war, — noch vom Eintritt einer Bedingung, der Festsetzung einer Dividende, abhing, sich jeweils nach deren Größe richtete und nur jährlich ausbezahlt wurde. War sonach die dem Beklagten zugesicherte Tantième für ihn während des Laufs eines Geschäftsjahres in Wirklichkeit nichts

Digitized by Google

Anderes, als eine bedingte Gehaltsforderung, so wurde sie von ihm ebenso, wie sein unbedingt ausgeworfener Gehalt nach L.R.S. 586 Tag für Tag erworben, so daß ihm mit jedem Tag seiner Dienstleistung ein Recht zum Bezug des 365teu Theils, sowohl von 1800 fl. als auch von 1 pCt. desjenigen Betrags, welchen die Generalversammlung der Aktionäre am Jahresschluß als Dividende bestimmen würde, erwuchs. Da nun die Generalversammlung am Schluß des Geschäftsjahrs 1864/65 in der That eine Dividende und zwar eine solche von 428,566 fl. 40 kr. festgesetzt hat, so ist nach L.R.S. 1179 die Sache rechtlich so zu betrachten, als ob dem Beklagten schon am Anfang des Geschäftsjahrs neben seinem Gehalt von 1800 fl. noch ein weiterer von 4285 fl. 39 kr. unbedingt bewilligt gewesen wäre, und gebührt ihm daher für die Zeit, während welcher er in jenem Geschäftsjahr seinen Dienst versah, die nach den Urtheilen der vordern Instanzen an der Conventionalstrafe in Abzug gebrachte Summe. — Daß er darnach auch an einem Gewinn participirt, welcher sich aus Geschäften ergab, die in der Zeit vom 28. März bis 30. Juni 1865, also ohne seine Mitwirkung, vorgenommen wurden, ist unerheblich, weil — wie nach seinem Dienstvertrag der Bezug seines fixen Gehalts nicht an die Voraussetzung geknüpft war, daß seine dienstliche Thätigkeit eine gewinnbringende gewesen sei — so auch sein sog. Tantièmen-Anspruch nicht dadurch bedingt war, daß er zu den Operationen, aus welchen ein Gewinn erzielt worden, mitgewirkt hatte. —

Dieser Anspruch ist auch nicht, wie Kläger eventuell geltend macht, nach der Geschäftsbilanz vom 28. März 1865 zu berechnen, da es nach dem Dienstvertrag und nach den Gesellschaftsstatuten nur die am Ende des Geschäftsjahrs von der Generalversammlung der Aktionäre zu bestimmende Jahresdividende war, welche den Maßstab zu seiner Berechnung abgeben sollte, wie denn auch nicht anzunehmen ist, daß es in der Absicht des Klägers gelegen wäre, jedesmal eine besondere Geschäftsbilanz aufstellen zu lassen, sobald ein in gleicher Weise, wie der Beklagte, besoldeter Gesellschaftsbeamter im Laufe eines Geschäftsjahres seinen Dienst übernehmen oder ihn in Folge einer Kündigung oder wegen Ablaufs seiner Dienstzeit verlassen oder mit Tod abgehen würde.

Red.

86.

Der Gerichtsnotar ist zur Ernennung des Aftererbpflegers im Sinne des L.R.S. 1056 zuständig.

(Entscheidungsgründe des Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Appell.Senat vom 15. Mai d. J. No. 2124.)

In Erwägung, daß das Landrecht zwar nicht ausdrücklich bestimmt, von wem im Falle des L.R.S. 1056 der Aftererbpfleger zu ernennen ist, daß es aber bezüglich der Ursachen, welche von der Uebernahme der Pflegschaft befreien, auf den Titel von der Minderjährigkeit und Vormundschaft verweist und dadurch genügend zu erkennen gibt, daß auch hinsichtlich der Ernennung des Pflegers die Vorschriften über die Vormundschaft über Minderjährige zur Anwendung zu kommen haben;

in Erwägung, daß die Ernennung des Vormunds für einen Minderjährigen nach L.R.S. 405 durch den Familienrath geschieht;

in Erwägung, daß nach §. 2 Ziff. 2 und §. 3 des Gesetzes über die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und über das Notariat verglichen mit §. 1 Ziff. 1 §. 67 der Geschäftsordnung für die Gerichtsnotare diese Beamten in denjenigen Angelegenheiten, welche das Landrecht dem Familienrath zuweist, zu beschließen, insbesondere die Vormünder und Pfleger zu ernennen haben.

Aus diesen Gründen wird der zwischen dem Amtsrichter und dem Gerichtsnotar des großh. Amtsgerichts Heidelberg bezüglich der Frage, wer im Falle des L.R.S. 1056 den Aftererbpfleger zu ernennen hat, bestehende negative Competenzconflikt dahin entschieden:

„daß diese Ernennung zu dem Geschäftskreise des Gerichtsnotars gehört." Kah.

87.

Ad curiosa.

Ein Beamter im Kreise Offenburg hat zwei Landwirthe deßhalb mit je 5 fl. „wegen unerlaubten Collectirens" bestraft, weil dieselben bei ihren Mitstreitgenossen (30—40) in einem Prozesse die zur Prozeßkostenbestreitung gezeichneten Beträge beauftragtermaaßen eingezogen haben! Blum, Anwalt.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro September 1867. No. 8.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 8.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat September 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Donnerstag den 5. September.	
58	Hochstetter gegen Levis. — Gantvergleichnichtigkeit. . . .	Grimm. — Eller.
39	Brockmann gegen v. Haubert. — Schupflehenallodification. . .	v. Engelberg. — Gernandt.
	Dienstag den 10. September.	
35	Münzesheim gegen Münzesheim. — Wittumguteigenthum. . .	Strauß. — Wengler.
41	Rees gegen Wirbel. — Pfandstrich.	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 12. September.	
55	Hummel gegen Stern. — Vertragsauflösung.	M. Fürst. — Grimm.
44	Kühndeutsch gegen Bayer. — Forderung.	Bayer. — Gentil.
	Dienstag den 17. September.	
59	Oberstiftungsrath gegen Hirt'sche Stipendienstiftung. — Stiftungseigenschaft.	Barazetti. — Bertheau.
53	Rosenfelder gegen Rosenfelder. — Erbtheilung.	v. Engelberg. — Gentil.
	Donnerstag den 19. September.	
51	Fitzer gegen Stern. — Vertragserfüllung.	M. Fürst. — Grimm.
48	Faller gegen Selb und Löffingen. — Wasserrecht. . . .	Barbo. — v. Engelberg.
	Dienstag den 24. September.	
49	Stupfert gegen Dillmann. — Eigenthumsfreiheit. . . .	Ettlinger. — Strauß.
50	Mayer gegen Mayer. — Forderung.	Bracht. — Eller. — Schenkh.
	Donnerstag den 26. September.	
65	Knauber gegen ihren Mann. — Ehescheidung.	Weller.
60	Horst gegen Steinbach. — Entschädigung.	Strauß. — A. Gutmann.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Soeben erschien und ist in allen Buchhandlungen zu haben:

Jahrbücher für badisches Recht,

herausgegeben von **Dr. Stabel.**

Bd. I. Heft 5. Preis fl. 1. 12 kr.

Als Separatabdruck aus diesem Hefte erschien:

Zur Begründung des Entwurfes einer Gebührenordnung für die Anwälte.

Mitgetheilt aus den Akten des Justizministeriums. Preis eleg. br. 36 kr.

Das

Strafgesetzbuch

für das

Großherzogthum Baden

nebst Abänderungen und Ergänzungsgesetzen, einschließlich der in Aussicht stehenden Gesetze über Presse, Vereine und Ministerialverantwortlichkeit

mit Erläuterungen

von

Dr. F. Puchelt,

großherzoglich badischem Kreisgerichtsdirector.

Zweite Abtheilung.
Erste Lieferung.
Preis eleg. br. fl. 2.

(Strafgesetzbuch, besonderer Theil. Tit. IX.—XXV. Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre der Person, sowie Verbrechen gegen die Sittlichkeit.)

Die

badische Civil- und Strafgesetzgebung

in ihrer jetzigen Gültigkeit.

Nach systematischer Reihenfolge herausgegeben

von

mehreren praktischen Juristen.

2 Bde. Preis eleg. geb. fl. 9. 24 kr.

Im Verlage von **Palm** und **Enke** in **Erlangen** erscheint und nimmt die Buchhandlung von J. Bensheimer Subscriptionen entgegen:

Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche

mit Ausschluß des Seerechtes

von

Dr. Aug. Anschütz und **Dr. Frhr. von Völderndorff.**

Erster Band.

I. Heft eleg. br. 52 kr.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 28.

88.

Ist ein Eid, der gegen die Vorschrift des §. 572 der b. Pr.O. über einen Streitgegenstand unter 50 Gulden aufgelegt und wissentlich falsch geschworen wurde, nach §. 492 des Str.G.B. für straflos zu erachten?

Diese Frage gelangte im Wege der Beschwerde gegen einen Verweisungsbeschluß (J. A.S. gegen Joh. Gänsbirt von Lahr wegen Meineids) an den obersten Gerichtshof, und wurde daselbst verneint. Die Entscheidungsgründe zu dem die Beschwerde verwerfenden oberhofgerichtlichen Erkenntnisse vom 14. Mai 1867 lauten wie folgt:

„Beschwerdeführer erachtet sich durch den ihn wegen Meineids (Str.G.B. §. 484) vor das Schwurgericht verweisenden Beschluß der Raths- und Anklagekammer großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 6. April l. J. No. 635 um deßwillen für beschwert, weil der Eid, welchen er auf Grund des Urtheils des großh. Amtsgerichts Lahr vom 21. Dezember 1866 am 16. Januar 1867 geleistet habe, und welchen er nun wissentlich falsch geschworen zu haben, beschuldigt sei, über einen Streitgegenstand von weniger als 50 Gulden auferlegt gewesen sei, während nach Vorschrift der b. P.O. §. 572 bei einem Streitgegenstande von nur solchem Werthe statt des Eides ein Handgelübde statthabe und weil er in Folge dieser gesetzlichen Unstatthaftigkeit des fraglichen Eides gemäß Str.G.B. §. 492 jedenfalls als straflos erscheine.

Diese Beschwerde stellt sich nach der Str.P.O. §. 213 [1, 4] als zulässig dar, ist aber unbegründet.

Wenn nämlich auch der Wortlaut des §. 492 des Str.G.B., verglichen mit dem des §. 572 der b. P.O., zu Gunsten der Beschwerde zu sprechen scheint, so ergeben doch Grund und Absicht des erstern Gesetzes, wie sie aus der Entstehungsgeschichte desselben und aus der Natur der Sache zu entnehmen sind, klar, daß die in diesem Gesetze ausgesprochene Straflosigkeit im Falle eines im Widerspruche mit der Vorschrift des §. 572 der b. P.O. auferlegten und geleisteten Eides nicht einzutreten hat.

Der dem §. 492 des Str.G.B. entsprechende §. 451 des Entwurfs der großh. Regierung war dahin gefaßt, daß im Falle der Eid in gesetzlich ungültiger Weise oder einer eidesmündigen, nicht eidesfähig erklärten, Person abgenommen worden sei, keine Strafe eintrete (Ständeverhandlungen 1839/40 II. K. 4. Beil.H. S. 59) und wurde in beiden Kammern angenommen (ebendas. II. K. 7. Prot.H. S. 171. Ständeverhandlungen von 1841/42 I. K. 1. Beil.H. S. 288 Prot.H. S. 380). Die Commission der II. Kammer des Landtags 1843/45 schlug die Fassung vor, daß, sofern „der Eid überhaupt unrechtmäßig“ oder, sofern er „in gesetzlich ungültiger Weise“ abgenommen worden sei, Straflosigkeit eintrete (Ständeverhandlungen 1843/45 II. K. 2. Beil.H. S. 215). Der Commissionsbericht bemerkte (S. 285), die neue Fassung ändere in der Sache nichts, drücke aber die Intention des Gesetzgebers besser, als geschehen, aus und erläutert diese Fassung dahin, daß es nicht als Meineid gelten solle, a) wenn der Schwörende eine Person sei, welcher ein Eid überhaupt, oder der hier vorliegende mit Rechtsbestand gar nicht abgenommen werden konnte, also z. B. wenn er noch nicht eidesmündig gewesen, oder wenn er selbst der Thäter des Verbrechens gewesen sei, über das man ihn als Zeuge vernommen habe; diese Fälle bezeichne der Entwurf der Commission als die eines unrechtmäßig abgenommenen Eides; b) es solle aber auch ferner nicht als Eid betrachtet werden, wenn der Eid nicht mit Beobachtung der in der Eidesordnung vorgeschriebenen Form abgenommen worden sei, und das sei es allein, was man unter den Worten „in gesetzlich ungiltiger Weise“ verstehe. In der Discussion der II. Kammer wurde der Ausdruck „unrechtmäßig“ von den Vertretern der großh. Regierung als einer zu weiten Deutung fähig und der Absicht der Commission selbst nicht entsprechend angefochten. Ein Vertreter der großh. Regierung bemerkte: „Man könnte am Ende sagen, daß jeder Eid, von dem sich später nachweisen lasse, er hätte

Digitized by Google

nach Lage der Sache nicht verlangt werden sollen, ein unrechtmäßiger sei. So ist es aber nicht gemeint, sondern man will blos diejenige Eidesleistung für straflos erklären, die ungiltiger Weise stattfand in Beziehung auf die Form, sodann aber diejenige Eidesleistung, die von Seiten eines noch nicht Eidesfähigen oder wieder eidesunfähig gewordenen, oder auch einer solchen Person, die blos im speciellen Falle eidesunfähig ist, stattgefunden hat." Der Berichterstatter erklärte, die Absicht der Commission sei keine andere, als die vom Vertreter der großh. Regierung unterstellte und es werde die Commission bei der Endredaction auf eine deutlichere Fassung bedacht sein (Ständeverhandlungen 184/345 II. K. 7. Prot.H. S. 258—260). Eine anderweitige Fassung findet sich auch in den der I. Kammer mitgetheilten Beschlüssen der II. Kammer und zwar dahin: „Wurde der Eid im Widerspruche mit der Bestimmung eines Urtheils, oder wurde er da, wo er gesetzlich unzulässig war, oder in gesetzlich ungiltiger Weise abgenommen, so findet ebenfalls keine Strafe statt" (Ständeverhandlungen 1843/45 I. K. 2. Beil.H. S. 331). Die Commission der I. Kammer beantragte Annahme (3. Beil.H. S. 325). In der Discussion derselben Kammer schlug ein Vertreter der großh. Regierung vor, das Wort „unzulässig" durch „unstatthaft" zu ersetzen, indem ersterer Ausdruck zu weit führe und die Auslegung zulasse, daß Straflosigkeit auch dann eintrete, wenn im concreten Falle nach den Beweisregeln die Leistung des Eides dem Meineidigen nicht hätte zuerkannt werden sollen. Auf Annahme dieses Vorschlags wurde ein Antrag gestellt und damit unterstützt, daß durch das Vorgeschlagene hervorgehoben werde, wie es überhaupt rechtlich unmöglich sein müsse, unter den fraglichen Umständen einen Eid abzunehmen. Der Antrag wurde zum Beschlusse der Kammer erhoben (3. Prot.H. S. 44—47) und auch die II. Kammer nahm die dadurch bewirkte Aenderung an. (Ständeverhandlungen 1843/45 II. K. 14. Beil.H. S. 16. 28 u. 10. Prot.H. S. 100).

Offenbar beabsichtigte nach dem Bisherigen das Gesetz, indem es die Strafbarkeit da, wo der Eid gesetzlich unstatthaft ist, ausschließt, nur in solchen Fällen Straflosigkeit eintreten zu lassen, in welchen der Schwörende aus in seiner Person oder in seiner Stellung zur Sache liegenden Gründen den Gesetzen nach zu einer eidlichen oder handgelübdlichen Versicherung nicht aufgefordert werden durfte. Unter diese Fälle ist aber der des §. 572 der b. P.O. nicht zu rechnen, da die Vorschrift dieses Paragraphen nicht in der vom Gesetze berücksichtigten Stellung des Schwörenden, sondern nur in der durch die öffentliche Ordnung gebotenen Rücksicht der Vermeidung von Eiden in verhältnißmäßig geringfügigen Sachen ihren Grund hat. Wenn gedachter Paragraph statt des Eides ein Handgelübde verlangt, so läßt er die Verbindlichkeit des Betreffenden zu einer besondern Versicherung vollkommen bestehen und trifft nur eine Anordnung über die Form derselben. Der, welcher diese Versicherung wissentlich falsch abgibt, kann aber daraus, daß sie ihm nicht in der richtigen Form abgenommen wurde, kein Recht auf Straflosigkeit ableiten. Es darf offenbar nicht als im Sinne des Gesetzes liegend betrachtet werden, daß der Meineidige von der Strafe des Meineids frei bleibe, weil ihm die Versicherung gegen die Vorschrift des §. 572 der Pr.O. in der Form des Eides abgenommen wurde, von der des Handgelübdebruches aber, weil er ein Handgelübde nicht abgelegt hat, sondern einen Eid.

Aus diesen Gründen sowie nach der Str.P.O. §. 426 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt."

Roßhirt.

89.

Ersatzforderungen von Verpflegungskosten für arme Gemeindeangehörige an die Heimathsgemeinde.

Siehe Annal. 1866 No. 39 Ziff. 145 III. S. 309. 310.

Der Bezirksrath Walldürn hatte die Klage eines Privaten als nicht vor die Verwaltungsgerichte gehörig zurückgewiesen, weil die Klage auf Geschäftsführung, also auf einen Titel des Zivilrechts gegründet werde. Der großh. Verwaltungsgerichtshof, in Uebereinstimmung mit einer langjährigen, konstanten Praxis der badischen Gerichte und Verwaltungsbehörden, hob in seiner Sitzung vom 4. Juni 1867 dieses Erkenntniß auf und gab die Sache dem Bezirksrath zur Verhandlung und Entscheidung darüber zurück, weil die Gemeinde nicht aus einem privatrechtlichen Grund, sondern auf den Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Unterstützung ihrer armen Angehörigen in Anspruch genommen werde.

(K. Ztg. 1867 No. 135.)

Digitized by Google

90.

Diebstahl oder Fundunterschlagung?

Zu Annal. 1865 No. 25 und die in den Noten alleg. Literatur.

In den beiden nachstehenden Fällen wurde von der Staatsanwaltschaft die Anschuldigung auf Unterschlagung einer gefundenen Sache erhoben und aufrecht erhalten, von dem Schöffengerichte in Rastatt aber in der Hauptverhandlung (nach Anwendung des §. 248 der Str.P.O.) auf Diebstahl erkannt.

1) In dem Wartsaale III. Classe, welcher auf dem Bahnhofe in Rastatt mit der Restauration ein Lokal bildet, wurde von einem Reisenden vor seiner Abreise mit dem Bahnzuge ein Packet aus Vergessenheit zurückgelassen. Dasselbe lag auf einer Bank des Wartsaales. In diesem Saale hielt sich damals die Angeklagte auf. Sie bemerkte nach dem Abgang des Zuges das Packet, nahm dasselbe heimlicherweise zu sich und hat sich damit entfernt.

Das Eigenthümer vermißte kurz nach der Abreise das Packet und kehrte mit dem nächsten Zuge nach R. zurück, um es auf dem Bahnhofe in Empfang zu nehmen.

Seine Erkundigungen führten auf die Angeklagte, diese läugnete den Besitz und gab das Packet erst auf polizeiliches Einschreiten heraus. —

2) Eine Frau befand sich eines Abends in Gesellschaft anderer Gäste in einer Wirthschaft und zwar in einem zu demselben gehörigen Nebenzimmer, hatte ihren Sonnenschirm neben sich auf das Kanapee hingelegt und bei ihrer Entfernung vergessen.

Die Angeklagte befand sich damals als Kellnerin in derselben Wirthschaft und hat die Gäste in dem Nebenzimmer bedient. Sie hatte am folgenden Morgen die Wirthsstube aufzuräumen, fand im Nebenzimmer den Sonnenschirm, eignete sich solchen an und hat, als die Eigenthümerin an demselben Morgen erschien, um den Schirm zu reclamiren, den Besitz geläugnet. —

Dieselbe Angeklagte kam später bei dem Amtsgerichte Mannheim wegen Marktdiebstahls in Untersuchung.

In der Hauptverhandlung vom 1. August 1866 wurde sie jedoch nur des Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen schuldig erklärt, weil das Schöffengericht in Mannheim der Ansicht war, daß die Angeklagte hier nicht einen Diebstahl — sondern nur eine Unterschlagung begangen habe und deßhalb bei dem Schöffengerichte in Rastatt nur wegen des letzteren Vergehens hätte verurtheilt werden sollen.

Auffallenderweise enthält das Protokoll über die Hauptverhandlung des Amtsgerichts Mannheim, da die betr. Impresse wahrscheinlich aus Versehen nicht ausgefüllt worden ist, weder den Vortrag der Beschuldigung durch den Staatsanwalt noch einen Strafantrag desselben, so daß über die Ansicht der dortigen Staatsanwaltschaft nicht referirt werden kann.

Schon hieraus, sowie aus den in Annalen 1857. 1858. 1859 und 1865 mitgetheilten Entscheidungen geht hervor, wie schwankend die Ansichten in der vorliegenden Frage sind und welchen Schwierigkeiten die Distinction in dem einzelnen Falle zu unterliegen scheint.

Nach unserer Auffassung sind, um Diebstahl anzunehmen, folgende Unterscheidungsmerkmale festzuhalten:

I. In objectiver Hinsicht:

daß sich die Sache noch nicht aus dem Bereiche des Eigenthümers befunden hat, d. h. daß es dem Eigenthümer ohne besondern Aufwand von Mühe und Zeit möglich war, den Besitz der Sache wieder zu ergreifen. Es ist dies der Fall, entweder wenn die Sache gar nicht aus der Besitzsphäre des Eigenthümers gekommen ist, wie z. B. bei einer in seiner eigenen Wohnung verlegten Sache; oder wenn er den Ort der Besitzentäußerung bestimmt kannte; oder wenn er sich dessen in einer Weise bewußt war, um leicht wieder an den bestimmten Ort gelangen zu können. So lange befindet sich nämlich die Sache noch in der Inhabung (im weitesten Sinn) des Eigenthümers.

II. In subjectiver Hinsicht:

a) daß der Angeschuldigte das Sachverhältniß sub. I. geradezu wußte oder nach den Umständen des Falles und nach allgemeinen Denkgesetzen wissen mußte,

b) daß die Besitzergreifung in gewinnsüchtiger Absicht geschehen ist.

Die streng juristische Anwendung dieser Merkmale, wobei insbesondere davor gewarnt werden muß, sich durch die blos sprachliche Bedeutung der Worte „Finden,“ „Verlieren“ irre machen zu lassen, und eine sorgfältige konkrete Prüfung des Falles müssen wohl mit Sicherheit zur richtigen Lösung führen.

Zur Erläuterung fügen wir folgende Beispiele an, wobei übrigens der Beweis der gewinnsüchtigen Besitzergreifung vorausgesetzt wird:

Digitized by Google

1) A. läßt im Wirthshause seinen Mantel hängen; B. eignet sich, nach Entfernung des A., solchen an, — Diebstahl, mag B. den Eigenthümer gekannt haben oder nicht; denn er mußte wissen, daß jeder derartige Gegenstand einem Gaste gehöre, und daß dieser jeden Augenblick zurückkehren kann, um ihn an sich zu nehmen.

In ähnlichen Fällen wird häufig angenommen und auch den gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde gelegt, daß alle derartigen Sachen im Besitze oder einem Quasibesitze des Wirthes sich befänden. Allein es ist dies kein entscheidendes Moment, denn mit gleichem Grunde könnte man auch sagen, daß Sachen, welche in einem Walde verloren werden, zunächst im Besitze des Waldeigenthümers seien und dergl.

2) A. geht spazieren, einige Schritte hinter ihm B. Dem A. entfällt ohne sein Wissen die Börse; B. eignet sich solche an — Fundunterschlagung, denn Merkmal I. fehlt.

3) A. bezahlt auf dem Markte aus seinem Geldbeutel. Es entfällt ihm ein Geldstück. Der nebenstehende B. sieht dies und eignet sich das Geldstück an — Diebstahl.

B. kommt zufällig hinzu, sieht schon aus einiger Entfernung den A. das Geld zählen, nicht aber das Entfallen des Geldstücks — Diebstahl, weil er nach den Umständen nur annehmen konnte, daß das Geldstück von A. herrühre.

B. kommt zufällig hinzu, sieht weder das bezahlen des A. noch das Entfallen des Geldstückes — Fundunterschlagung, denn Merkmal II. a fehlt.

4) A. läßt in einem Wirthschaftsgarten auf dem Tische, an welchem er gesessen, seine Börse liegen und entfernt sich. B. ist Aufwärter, kommt zufällig an den Tisch und eignet sich die Börse an — Diebstahl, denn B. mußte wissen, daß sie einem Gaste gehöre, welcher jeden Augenblick zurückkehren kann, um sie wieder an sich zu nehmen. —

A. verliert die Börse auf einem Kieswege dieses Gartens. B. eignet sich solche an — Fundunterschlagung. B. hat zwar gewußt, daß die Börse einem Gaste gehören müsse, welcher den Garten betreten, allein Merkmal I. fehlt.

5) A. läßt die Börse auf dem Aborte seiner Wohnung liegen. B. — ein Fremder — kommt zufällig dahin und nimmt die Börse — Diebstahl.

A. läßt die Börse im offenen Hausgange fallen — Fundunterschlagung, weil Merkmal I. fehlt u. s. w.

Bei dieser streng juristischen Auslegung hätte deßhalb — nach unserm Dafürhalten — z. B. die in Annalen 1859 No. 19 unter Ziff. 1 mitgetheilte hofgerichtliche und oberhofgerichtliche Entscheidung wohl im entgegengesetzten Sinne ausfallen müssen.

Gründe:

Jodock Egger konnte bei Entdeckung des Verlustes (was er später noch davon wußte und sagte, ist u. E. unerheblich) nur annehmen, daß ihm das Geldsäckchen an dem Orte, wo er sich mit der Grathwohl vergangen, abhanden gekommen sei (Merkmal I.) und die Grathwohl mußte nach allen Umständen wissen, daß dasselbe nur dem Egger gehören könne (Merkmal II.). —

R.

91.

Entschädigungsklage wegen Uebergehung eines Bürgers bei Einräumung des Allmendgenusses.

P. E. Greiser von Plittersdorf, welcher behauptete, daß der Gemeinderath mit Unrecht einen andern Bürger vor ihm in ein frei gewordenes Bürgerloos eingewiesen habe, hat gegen die Gemeinde auf Ersatz des Werths der ihm dadurch entgangenen Nutzung geklagt. Der Verwaltungsgerichtshof erachtete in der Sitzung vom 14. Juni 1867 diese Klage als in Rechten nicht begründet, weil die Gemeinde nach öffentlichem Rechte nur verpflichtet ist, dem berechtigten Bürger den Allmendgenuß selbst einzuräumen, nicht aber ihm statt dessen eine Entschädigung in Geld zu geben, wenn er es versäumt hat, durch rechtzeitig erhobene Einsprache dafür zu sorgen, daß ihm nicht ein Anderer vorgesetzt wird, und weil eine Klage, welche etwa auf Schadensersatz wegen unrechter That gestützt werden wollte, nicht gegen die Gemeinde, sondern gegen die einzelnen schuldhaften Mitglieder der Gemeindebehörde zu richten und nicht vor den Verwaltungsgerichten, sondern im Zivilrechtswege zu verfolgen wäre.

K. Ztg. 1867 No. 143.

Digitized by Google

92.

Aus dem Schwurgerichtssaal.

Der Winkelschreiber.

Die Winkelschreiber sind eine ebenso alte Plage als die Quacksalber. Es ist zu keiner Zeit der Gesetzgebung gelungen, diesem Uebel Einhalt zu thun. Nur in besonders auffallenden Fällen, nachdem sie viel Unheil angestiftet, erreichte sie der Arm der Gerechtigkeit. So auch in dem Fall, welcher in der ersten Quartalsitzung des Schwurgerichts in Mannheim zur Aburtheilung gelangte. Der Angeklagte, aus guter Familie, jedoch mit den Seinigen zerfallen, lebte in wilder Ehe, wodurch er in vielfachen Conflikt mit der Polizei gerieth. Ein Gendarm, der ein besonders wachsames Auge auf ihn gerichtet haben mochte, erregte seinen Haß und er beschloß, ihn zu verderben. Ein anderes Paar, das aus demselben Grund Ursache hatte, jenem Gendarm gram zu sein, wurde ins Vertrauen gezogen; der Plan ging dahin, den Gendarmen zu beschuldigen, er habe die Geliebte des Einen Angeklagten Nachts auf dem Heimweg angefallen, in den naheliegenden Wald geschleppt, und ihr dort Gewalt angethan. Der Liebhaber, der Winkelschreiber und dessen Konkubine wollen das alles in der mondhellen Nacht mit angesehen haben, da sie nur wenige Schritte von dem Ort der That hinter Bäumen versteckt gewesen seien. Die Angefallene scheint nicht um Hülfe gerufen, auch der Liebhaber sich nicht verpflichtet gefühlt zu haben, ihr von freien Stücken beizuspringen, vielmehr will er, wie die andern beiden Zuschauer dem Gendarmen in kleiner Entfernung bis in den Wald gefolgt sein, wo sie in aller Gemüthsruhe Zeugen des Vorfalls gewesen. Ist dergleichen schon an und für sich unwahrscheinlich, so kömmt noch dazu, daß die Oertlichkeit es als unmöglich erscheinen läßt, daß ein widerstrebendes Mädchen gewaltsam die dortige steile Anhöhe hinauf in den Wald gebracht werden konnte. Gleich bei der ersten Ortsbesichtigung äußerte ein beigezogener Gemeinderath, die ganze Sache scheine ihm erdichtet. Aber unser Winkelschreiber ließ sich nicht so leicht abschrecken. Zunächst wurde der ganze Vorfall zu Papier gebracht, von der angeblich Mißhandelten unterschrieben und diese Schrift durch den Liebhaber dem Gendarm eingehändigt, vielleicht um ihn einzuschüchtern oder Geld von ihm zu erpressen. Aber der Gendarm ging nicht in die Falle, that vielmehr einen Schritt, welchen der Winkelschreiber am wenigsten erwartet zu haben scheint; er klagte unter Vorlage der Schrift wegen Ehrenkränkung und Verläumdung. Die Untersuchung begann, die angeblichen Zeugen blieben nach abgelegtem Handgelübde bei ihren Aussagen, ja sie gaben sogar eine umständliche Erzählung schriftlich zu den Akten. Von den beiden Schriftstücken ist nur das letztere erhalten, das erstere verschwunden. Bezeichnend ist jedenfalls diese wiederholte schriftliche Abfassung aller Momente der Anschuldigung, gleichsam um sie den vorgeblichen Zeugen recht fest ins Gedächtniß einzuprägen. Gleichwohl waren einzelne Abweichungen in den Zeugenaussagen unvermeidlich; auch war der Einwurf, daß die Zeugen der That doch auch von dem Thäter gesehen werden mußten, nicht zu beseitigen. Während die Untersuchung ihren Verlauf nahm, gingen verschiedene Botschaften an den Gendarmen, man werde gegen gute Bezahlung die Sache fallen lassen; der Winkelschreiber rühmte wiederholt, er habe die Sache in der Hand, die Andern müßten aussagen, wie er wolle. Da aber der Gendarm nicht zu erweichen war, wurde eine andere Mine angelegt. Der Gendarm war verlobt; nun wurde die Anschuldigung an dem Ort, wo die Braut wohnte, verbreitet, so daß der Gendarm sich genöthigt sah, auch dort eine Klage wegen Ehrenkränkung und Verläumdung zu erheben. In beiden Fällen erfolgte eine Verurtheilung der Beklagten, in dem Einen Falle wurde an das Hofgericht appellirt. Dieses bestätigte aber nicht allein das amtliche Urtheil, sondern gab auch dem betreffenden Amt anheim, eine Untersuchung wegen falschen Zeugnisses einzuleiten. Dem wurde jedoch keine Folge gegeben. So blieb die Sache beinahe zehn Jahre beruhen. Erst ein anderer Vorfall gab Veranlassung, wieder darauf zurück zu kommen: Ein gewisser Hoffmann kam wegen Verwundung in Untersuchung, bei welcher jener Winkelschreiber ebenfalls vernommen wurde, er wußte jedoch nichts Erhebliches anzugeben. Die Sache kam an das Kreisgericht in Mosbach zur Aburtheilung. Das Ergebniß der öffentlichen Verhandlung war für den Angeschuldigten durchaus ungünstig. Alle Zeugen waren bereits abgehört, auch unser Winkelschreiber, die Aussagen waren ziemlich übereinstimmend, eine Verurtheilung sicher zu erwarten. Der Gerichtshof hatte sich zur Berathung eines Incidentpunkts zurückgezogen. Als die Sitzung wieder eröffnet wurde, verlangte der Angeschuldigte, daß der Winkelschreiber nochmals abgehört werde. Der Präsident wünschte, den Grund dieses Begehrens zu erfah-

Digitized by Google

ren, da der Zeuge schon abgehört sei. Der Angeschuldigte erwiederte, der Zeuge könne aussagen, daß er, der Angeschuldigte, im Fall der Nothwehr gewesen. Der Winkelschreiber wurde vorgerufen, und theilte nun auf Befragen ganz neue Thatsachen mit, welche sowohl mit der Voruntersuchung wie mit dem Zeugenverhör in Widerspruch standen. Da er selbst zu den bereits abgehörten Zeugen gehörte, so war sofort klar, daß er entweder vorher nicht die Wahrheit gesagt hatte oder jetzt den Versuch machte, den Gerichtshof zu hintergeben. Der Staatsanwalt trug auf seine Verhaftung wegen Meineids an: der Gerichtshof entsprach diesem Antrag. Als der Gefangenwärter vorschriftsmäßig seine Baarschaft verlangte, hatte er angeblich nur wenige Kreuzer, was bei seinen Verhältnissen nicht auffallend war, da er sich nur kümmerlich nährte. Erst nach 14 Tagen zeigte sich, daß er Gold bei sich trug. Woher er das habe, warum er es verheimlicht, konnte nicht aufgeklärt werden. Der Verdacht lag nahe, daß als er den Tag vor der Gerichtssitzung mit dem Angeschuldigten zusammen nach Mosbach reiste, der Plan verabredet und der Lohn im Voraus bezahlt wurde. Die Untersuchung wegen falschen Zeugnisses, beziehungsweise wegen Meineids, wurde nunmehr gegen den Winkelschreiber eingeleitet und dabei kam denn die beinahe verjährte, oben mitgetheilte Geschichte zum Vorschein; die Untersuchung wurde nunmehr auch auf diese ausgedehnt, und ergab das unzweifelhafte Resultat, daß die Anschuldigung gegen den Gendarmen rein erfunden war. Allerdings war dies eine starke Folie für die neue Untersuchung, bei welcher das ganze Treiben dieses Winkelschreibers aufgedeckt wurde. Für Geld ist alles feil, war oberster Grundsatz. An Mädchen wurden Anträge gestellt, gegen gute Bezahlung zu Offizieren zu kommen; an junge Leute wurde insinuirt, man könne ihnen Mädchen verschaffen, oder auch in anderer Weise Vergnügen bereiten. War der Winkelschreiber in dem erzählten Fall auf Seiten des Angeschuldigten, so fehlt es doch nicht an Versuchen, die Gegenpartei zu gewinnen, indem man ihr zu wissen that, gegen gute Zahlung werde der Winkelschreiber auf ihre Seite treten. Man machte daraus nicht einmal ein Hehl: Alles für Geld. Dem Gendarmen wurde von mehreren Seiten insinuirt, man werde die ganze Sache niederschlagen, wenn er dafür zahlen wolle. Das Zeugniß des Gemeinderaths lautete etwa dahin: Wo etwas Schlechtes vorgehe, sei sicher der Winkelschreiber dabei. Und dieser war noch obendrein blind. Was war erst von ihm zu erwarten, wenn er durch diesen Mangel nicht in vielen Beziehungen gehindert worden wäre! Auch entging er seiner Strafe nicht, die Geschwornen sprachen das „Schuldig" gegen ihn und seine Genossen und der Gerichtshof verurtheilte ihn zu mehrjähriger Freiheitsstrafe.

Dr. Ladenburg.

93.

Wahrnehmungen aus der Praxis.

Die Honorirung der Klagschrift.

Weil man glauben mußte, daß die prov. Taxordnung vom 22. Sept. 1864 bälder einer definitiven Norm Platz machen werde, so hatten wir unterlassen, auf eine Andeutung zurückzukommen, die wir in einem, in No. 7 der Ann. v. J. 1865 veröffentlichten Aufsatze gemacht hatten. Der Gegenstand hat indessen trotz dem sicheren Bevorstehen eines neuen Systems für die Anwaltsgebühren immer noch eine Bedeutung, da er zusammenhängt mit der Frage nach der Bedeutung und dem prozessualischen Werthe der Klage — im kollegialgerichtlichen Verfahren, von dem allein in jenem Aufsatze und auch jetzt die Rede ist. Wir hatten von der Anwendung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit auf das Contumazialverfahren gehandelt und die Ansicht aufgestellt, daß in diesem Verfahren der Vortrag der Klage zu unterbleiben habe, woraus unter Anderem weiter gefolgert wurde, daß die Belohnung des klägerischen Anwalts für seine Bemühung in der Tagfahrt, in welcher nur angerufen wird, natürlich nicht in der sonstigen „Vortragsgebühr" bestehen könne. Worin anders? das gibt die Taxordnung freilich nicht ausdrücklich an die Hand. Das Kreisgericht Waldshut, welches die von uns vertheidigte Praxis befolgt, bewilligt dem Anwalt eine konventionelle „Vorbereitungsgebühr," bestehend in dem früheren Minimum der Vortragsgebühren in Hauptsachen. Das Richtigste wäre vielleicht, nur die Gebühr für „Anwesenheit des Anwalts unter Wahrung der Interessen der Parthei," passiren zu lassen, wie wir dies unlängst aus den Akten eines anderen Gerichtshofes, welcher die gleiche Praxis wie das Kreisgericht W. befolgt, entnehmen konnten. Man mag übrigens der Meinung huldigen, daß die Maxime der Mündlichkeit des Verfahrens den Vortrag der Klage unabweislich auch im Contumazialverfahren gebiete, so wird man doch vielleicht zugeben, daß man zu weit geht, wenn man für diesen

Digitized by Google

verhältnißmäßig mühelosen „Vortrag" die höchstmögliche Gebühr, die gleiche, wie für die angestrengteste „Verhandlung." passiren läßt, und daß zum Theil wenigstens die Beschwerden über die große Theuerung unserer Justiz sich dadurch begründen lassen, daß in den so sehr zahlreichen Contumazialfällen neben der ganzen Urtheilssportel auch dem Anwalte die ganze Vortragsgebühr bezahlt werden muß; man hätte auch dann, wenn man die Klage vortragen ließ, ohne daß es zu einer Verhandlung kam, eine andere Art der Belohnung, etwa das Maximum für Nebensachen, für ausreichend erachten können. —

Kommen wir indessen auf die Klage zurück, daß dieselbe im Contumazialverfahren nicht vorgetragen zu werden brauche und es also auch nicht werden dürfe, dies wurde aus dem von anderen „vorbereitenden Schriften" wesentlich verschiedenen prozessualischen Gehalte der Klagschrift abgeleitet: die Klage ist nur im weiteren Sinne des Wortes eine vorbereitende Schrift, unter welche Kategorie sie der Gesetzgeber allerdings manchmal einrechnet, wenn er kurz unterscheiden will zwischen der mündlichen Verhandlung und den Schriften, die derselben vorausgeschickt werden müssen, während er sonst deutlich genug den außerordentlichen Unterschied in der Bedeutung der Klagschrift und der andern vorbereitenden Schriften kundgegeben hat. Man hat nun an gewissem Orte diesen Unterschied in der inneren Bedeutung mißverständlich auch äußerlich genommen, und hat ihn bis in die Taxordnung hinein zur Anwendung gebracht, indem man für die Klagschrift, weil sie „keine vorbereitende" sei, nicht die Drittthalbbogengebühr des §. 3 der V.V.O. v. 22. Sept. 1864 zur A.O. passiren lassen, sondern sie nach dem Maße der wirklich verwendeten Bogen honoriren will. Dahin hat sich unter Anderem auch ein Appellationssenat bei Rücksendung von Akten gegenüber einer Civilkammer ausgesprochen. Diese letztere hatte dem klägerischen Anwalte 5 fl. (die Bauschsumme) für die Klage dekretirt, während der Appellationssenat nur den dem Umfang der Schrift (1 Bogen) entsprechenden Betrag von 2 fl. für angemessen hielt. Die Civilkammer ließ dahingestellt sein, welchen Anlaß das Obergericht organisationsgemäß zu einer derartigen Bemerkung gehabt habe, setzte übrigens die Gründe seiner Verfahrungsweise auseinander, die dahin sich zusammenfassen lassen, daß der in dem §. 3 der V.V.O. vorkommende Ausdruck „vorbereitende Schriften" (wofür das Pauschale passiren soll) offenbar im weiteren Wortverstande gebraucht und damit der Gegensatz zu den „mündlichen Vorträgen" ausgedrückt werden sollte, wofür dann eine andere Taxbestimmung gegeben ist; es wäre auch nicht einzusehen, warum man den prozessualischen Unterschied der mehrerlei Arten vorbereitender Schriften auf die Honorirung derselben übertragen wollte in einer Weise, die zu dem seltsamen Ergebnisse führen würde, daß z. B. eine Klagschrift von 1½ Bogen in der V. Taxklasse nur mit 4 fl. 30 kr., die Replikschrift von ¾ Bogen aber mit 7 fl. 30 kr. (Drittthalbbogengebühr) belohnt werden müßte! Wir haben in dem obenerwähnten Aufsatze in No. 7 der Ann. v. J. 1865 angegeben, wie selbst in der Pr.O. öfters unter dem Ausdruck „vorbereitende Schriften" auch die Klagschrift begriffen ist: daraus folgt aber nicht, daß sie ganz die nämliche Natur habe, wie die anderen; ebensowenig aber folgt aus der Verschiedenheit der Natur die Nothwendigkeit einer Verschiedenheit der Honorirung. —

Fügen wir zum Schlusse noch bei, daß wir mit der bevorstehenden Einführung des Bauschtaxsystems erwarten dürfen, es werde die Ansicht von der Ueberflüssigkeit des Vortrags der Klage im Contumazialverfahren wenigstens von Seiten der Anwälte mehr und mehr gewürdigt werden. Wir sind übrigens bisher durch Alles, was man gegen den inneren Grund jener Ansicht eingewendet hat, eines Besseren nicht belehrt worden.

Eisen.

94.

Die einfache Verdachtsäußerung und der Anspruch an einen vermeintlich entwendeten Gegenstand enthält noch keine Ehrenkränkung.

Johann Georg Brändlin von Wiechs ließ im Laufe des letzten Sommers einen Neubau aufführen. Nach Aufrichtung des Gebäudes glaubte er, die Wahrnehmung zu machen, daß aus dem Innbaue ein Abends zuvor noch dort gelegenes Brett während der Nacht abhanden gekommen. Am 20. Juli begab er sich deßhalb in Begleitung des Bauführers Lapp, der die gleiche Wahrnehmung gemacht haben will, zu dem Bürgermeister und Beide machten von dem Diebstahle mit dem Anfügen die Anzeige, daß sie Verdacht auf den am Baue beschäftigten Zimmergesellen C. Sch. haben. Auf Beider Verlangen ließ sodann der Bürgermeister (§. 53 der Str.P.O.) in der Wohnung des Verdächti-

Digitized by Google

gen eine Haussuchung vornehmen, die jedoch zu keinem Ergebniß führte.

Auf erhobene Anklage erklärte das großh. Amtsgericht Sch. den Brändlin und Lapp der Ehrenkränkung des E. Sch. schuldig und sprach gegen jeden Amtsgefängnißstrafe von einigen Tagen aus. Dieses Urtheil wurde jedoch auf erhobenen Recurs von großh. Kreisgericht Lörrach wieder aufgehoben und die Angeklagten von Strafe und Kosten freigesprochen.

In den Gründen zu diesem Urtheile wurde ausgeführt:

daß die Ansicht des Unterrichters, die Angeklagten, Recurrenten hätten eine bestimmte Beschuldigung der Entwendung gegen den Ankläger ausgesprochen, eine den der Anklage zu Grunde gelegten oben angeführten Thatsachen nicht entsprechende Folgerung enthalte,

daß die einfache Verdachtsäußerung deßhalb noch nicht strafbar sei, weil sie sich als ungegründet herausgestellt habe, denn der §. 290 des Str.G.B. finde auf Ehrenkränkungen keine Anwendung, indem diese Gesetzesstelle von der Verleumdung handle und nur die Strafe der Ehrenkränkung androhe,

daß zur Strafbarkeit vielmehr noch die Behauptung und der Nachweis erfordert werde, daß die Verdachtsäußerung in der Absicht erfolgt sei, den Ankläger an der Ehre zu verletzen und demselben zu schaden,

daß jedoch diese Absicht aus der einfachen Verdachtsäußerung nicht gefolgert werden könne, namentlich, wenn dieselbe bei einer Behörde vorgetragen wurde, und ihr auch der äußere Schein einer Widerrechtlichkeit abgehe,

daß vielmehr gerade hieraus die Absicht auf Entdeckung des Thäters und Wiedererlangung des Entwendeten hervorleuchte,

daß endlich auch die dem §. 295 des Str.G.B. gegebene Auslegung eine unrichtige sei, indem auch bei Ehrenkränkungen, wie bei jedem andern Vergehen, die Anklage die böse Absicht, die Absicht zu beleidigen, zu erweisen habe und dem Angeklagten nicht der Beweis, daß diese Absicht nicht vorgelegen, auferlegt, sondern nur der Gegenbeweis vorbehalten sei.

Die hier niedergelegte Ansicht findet ihre Unterstützung auch in einem Urtheil des Cassationshofes zu Paris vom 24. August 1864.

Vrgl. Sirey, Recueil général 1866 1. S. 36.

Es ist dort ausgeführt, daß eine einfache Verdachtsäußerung und der Anspruch an den vermeintlich entwendeten Gegenstand, wenn er nicht leichtfertig, sondern in gutem Glauben und ohne Absicht zu schaden, ausgesprochen wurde, weder eine Ehrverletzung noch eine falsche Beschuldigung, beziehungsweise Verleumdung enthalte.

Auch früher schon wurde in einem Urtheil des Gerichtshofes von Brüssel vom 21. November 1835 ausgesprochen, daß derjenige, der an einem öffentlichen Ort behauptet, es sei ihm eine Summe Geldes entwendet worden und es könne nur eine bestimmt bezeichnete Person oder deren Tochter die Entwendung verübt haben, nur einen einfachen Verdacht äußere und deßhalb nicht strafbar sei.

In dieser Allgemeinheit dürfte der Grundsatz jedoch nicht richtig sein. Sobald eine böse Absicht nachgewiesen werden kann, wird die Aeußerung strafbar sein.

Die böse Absicht, oder die Absicht zu schaden, wird nach einem weiteren Urtheil desselben Gerichtshofes vom 26. November 1864 (Sirey, R. g. 1865 1. 102) angenommen, wenn Ausdrücke gebraucht wurden, die der Richter nach ihrer Beschaffenheit für ehrenrührig erklärt.

Schmidt.

93.

Etwas über die Beihilfe zum Verbrechen.

Puchelt will auf S. 445 seiner Erläuterungen zum Strafgesetzbuch eine auf S. 303 des 32. Bands der Annalen mitgetheilte Auffassung eines Rechtsfalls durch die Behauptung widerlegen, daß Beihilfe zu einem vollendeten Vergehen unmöglich sei.

Diese Behauptung kann aber nicht richtig sein. Beispiele zeigen es. Wenn Jemand, nachdem ein Haus in Folge von Brandstiftung in Flammen steht, absichtlich die zum Löschen herbeigebrachten Feuerspritzen unbrauchbar macht, und dadurch das Löschen des Brands verhindert, so kann seine Handlung nichts Anderes sein als Beihilfe zur Brandstiftung, obgleich die letztere nach §. 560 des Str.G.B. bereits vollendet war, als die Beihilfe geleistet wurde. Wenn Jemand, nachdem eine Körperverletzung zugefügt ist, absichtlich eine die Heilung hinausziehende Flüssigkeit auf die Wunde träufelt, oder den Arzt, der später weniger helfen kann, zurückhält, oder durch Veränderung der Lage des Körpers des Verletzten dessen Blutverlust vermehrt, so kann dies nichts Anderes sein, als Beihilfe zu der schon vollendeten Körperverletzung.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 29.

(Schluß von Art. 95.)

Was sollten diese Handlungen auch sein, wenn sie keine Beihülfe wären?*)

Strafbar sind sie doch gewiß; Begünstigung können sie keine enthalten, weil durch sie nicht dem Verbrecher Vorschub geleistet, sondern die rechtswidrige Wirkung der verbrecherischen Handlung für den Beschädigten eine größere wird; und Miturheber des Verbrechens ist der Fragliche nicht, weil er keine Handlung verübt hat, durch welche ein Brand oder eine Körperverletzung entstehen kann.

Ganz gut dagegen passen die Beispiele unter den Schlußsatz von Absatz 2 des §. 135 d. Str.G.B.; man braucht dort nur das Anfangswort „wer" vor „oder die Entstehung" zu wiederholen, so daß die Worte „im Zeitpunkt der Ausführung der That" beim Schlußsatz wegfallen. Zu dieser Erweiterung der Beispiele ermächtigt das Wort „namentlich" im Eingang des Paragraphen gewiß. Daß dann allerdings die doktrinäre Dreitheilung des §. 135 in Beihülfe vor, während und nach der That gestört wird, schadet nichts, denn nicht die Aufzählung von dreierlei Arten von Beispielen, sondern §. 134 enthält den gesetzlichen Begriff der Beihülfe, und dieser Paragraph umfaßt auch unsere Fälle.

Noch unrichtiger als die Eingangs erwähnte Behauptung ist die auf S. 187 der Puchelt'schen Erläuterungen ersichtliche Ausdehnung derselben dahin, daß eine Theilnahme an einer begangenen Handlung geradezu unmöglich sei. Was ist es denn, wenn jemand, nachdem ein Mörder sein Opfer so getroffen hat, daß es nur durch rasche Kunsthülfe gerettet werden könnte; den herbeieilenden Arzt in der Absicht, den Tod des Verletzten herbeizuführen, zurückhält, und der Tod in Folge davon wirklich eintritt? Nichts anderes als Beihülfe zum Mord. Beihülfe zu einem bereits vollendeten Verbrechen ist es zwar nicht, weil, als sie geleistet wurde, der Tod noch nicht eingetreten, die Tödtung also noch nicht vollendet war, aber Beihülfe zu einer begangenen Handlung als Beförderung der Größe ihrer verbrecherischen Wirkung.

Der Satz, Beihülfe zu einem vollendeten Vergehen, Theilnahme an einer begangenen Handlung sei unmöglich, ist nämlich nur insofern wahr, als damit blos gesagt werden soll, Mitwirkung zu etwas bereits Geschehenem sei unmöglich, nachträgliche Hülfe zur Bewirkung einer bereits vergangenen Handlung sei undenkbar. Ein Verbrechen, sei es im gesetzlichen Sinne vollendet oder nicht, gehört aber der Vergangenheit noch nicht ganz an, so lange seine verbrecherische Wirkung noch vergrößert werden kann, mag zu seinem Thatbestand ein bestimmter Erfolg gehören oder nicht. Am deutlichsten ist dies bei der Brandstiftung. So lange das Feuer noch um sich greift, so lange erst der kleinste Theil seiner Wirkung gethan ist, wirkt, wenn schon die Brandstiftung nach §. 560 des Str.G.B. längst vollendet ist, das Verbrechen doch noch fort, und kann deßhalb die Größe der Wirkung desselben noch befördert werden. Aehnlich verhält es sich bei Verbrechen, zu deren Dasein ein in sich abgeschlossener Erfolg gehört, wie der Tod. Hier kann zwischen dem Aufhören der Thätigkeit des Verbrechers und zwischen dem Eintritt des Todes ein längerer Zeitraum liegen. So lange dieser Zeitraum dauert, gehört zwar das Stechen oder Schlagen des Thäters der Vergangenheit an, nicht aber das ganze Verbrechen. Wer den Eintritt des Todes an dem vom Thäter verlassenen Verletzten befördert, hilft nicht zu einer begangenen Handlung, sondern zu einem künftigen Erfolg. Der Erfolg aber und die Thätigkeit des Verbrechers zusammen bilden das Verbrechen in denjenigen Fällen, in welchen ein bestimmter Erfolg zum Verbrechen gehört. So lange deßhalb bei einer Körperverletzung eine Vergrößerung oder sonstige Verschlimmerung derselben bewirkt werden kann, so lange ist auch eine Beihülfe zur Körperverletzung möglich, wenn gleich in diesem Falle wie bei der Brandstiftung, zum Unterschied von der Tödtung, das Verbrechen schon vollendet ist. Aber nicht blos bei Verbrechen wie die bereits erwähnten, welche zu ihrem Thatbestand einen bestimmten Erfolg fordern, sondern auch

*) Köstlin, d. Str.R. §. 91 Bd. 1 S. 262 bezeichnet eine solche Thätigkeit, welche den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolgs befördert, als wahre Theilnahme, d. h. Mitwirkung zur Hervorbringung des Verbrechens. Red.

Digitized by Google

bei anderen ist nach ihrer Vollendung noch Beihülfe möglich. Denn auch solche Verbrechen, z. B. Ehrenkränkung, verfallen durch ihre Vollendung der Vergangenheit noch nicht ganz, indem z. B. der Umfang der Verbreitung einer Ehrenkränkung erweitert, und damit die Größe der verbrecherischen Wirkung, des Eingriffs in die Ehre des Beleidigten, erhöht wird. Puchelt selbst anerkennt auf S. 446 seiner Erläuterungen eine Beihülfe zur Ehrenkränkung in der Beförderung der Verbreitung einer ehrenkränkenden Druckschrift, wenn die Verbreitung damals noch nicht vollendet war. Aber auch vor dieser Vollendung, schon nach Beginn des Umlaufs der Druckschrift, ist die Ehrenkränkung selbst vollendet. Wenn also nach dieser letzteren Vollendung überhaupt noch Beihülfe zugegeben wird, so ist der Satz der Unmöglichkeit der Beihülfe zu einem vollendeten Verbrechen überhaupt aufgegeben, und damit die Beihülfe auch nach der Vollendung der Verbreitung als möglich zuzulassen. Eine Begünstigung wird dagegen in der Weiterverbreitung einer ehrenkränkenden Druckschrift nicht liegen können, weil in einer Handlung, welche die Kränkung des Beleidigten verstärkt, nicht blos ein dem Beleidiger geleisteter Vorschub zu erblicken ist.

Adolf Baumstark.

96.

Durch das Geding der Einkindschaft wurden nach gemeinem Recht und nach Baden-Baden'schem Landrecht für die Kinder aus der Vorehe auch gegen den Stiefelterntheil gleiche Erbrechte begründet, wie wenn sie dessen rechte Kinder wären.

Vergl. Annalen Band XXVI. (1860) S. 117. (österreichisches Landrecht.)

Vergl. Annalen Band XXVIII. (1862) No. 33 Ziff. 99 S. 263. 264. (Würzburger Landrecht.)

In Sachen

I. der Kinder der † Maria Anna Palmer, Ehefrau des Joseph Lott von Durbach,

II. der Theresia Palmer ledig von Durbach,

III. des Sohnes des † Joseph Palmer, nämlich Georg Palmer von Cincinnati;

IV. der Kinder der † Katharina Palmer, Ehefrau des Joseph Roth, sämmtliche von Nesselried, Kläger, Appellaten, Oberappellaten

gegen

die Kinder der † Magdalena Benz, Ehefrau des Heinrich Müller von Durbach, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Erbtheilung betreffend.

Nachdem Ignatz Palmer im Jahr 1804 gestorben war, schloß seine Wittwe am 20. Februar 1805 eine neue Ehe mit Georg Benz, für welche zu Gunsten ihrer Kinder erster Ehe Einkindschaft bedungen ward.

Nach ihrem im Jahre 1813 erfolgten Tod theilte der zweite Ehemann im Jahre 1833 das gemeinschaftliche Vermögen zu gleichen Theilen unter die Kinder aus beiden Ehen.

Als er am 6. Juli 1860 starb, hinterließ er einschließlich seines Vorbehalts von 1000 fl. ein auf 4849 fl. 19 kr. angewachsenes Vermögen, an welches auch die Vorkinder Erbansprüche machten, welche sie gegen die Nachkinder gerichtlich austrugen.

Es erging ein Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, Civilkammer I., vom 12. Juli 1866, besagend:

> die Beklagten seien für schuldig zu erklären, die Erbberechtigung der Kinder des Ignatz Palmer, beziehungsweise deren Erben, an der Erbschaft des Georg Benz anzuerkennen, und dessen Verlassenschaft in der Art mit den Klägern zu theilen, daß jedem der vier Ignatz Palmer'schen Kinder, beziehungsweise deren Erben ein Sechstheil davon zukommt; auch haben die Beklagten die Kosten des Rechtsstreits unter sammtverbindlicher Haftbarkeit zu tragen,

sodann ein bestätigendes Urtheil des Appellationssenats desselben Gerichtshofes vom 30. November 1866.

In III. Instanz handelte es sich nur noch um die Auslegung und Anwendung des §. 6 des zwischen der leiblichen Mutter, beziehungsweise Großmutter der Kläger, Maria Anna Kiefer, verwittweten Palmer, und ihrem zweiten Ehemann, Georg Benz von Durbach, unterm 20. Februar 1805 abgeschlossenen Ehevertrags, durch welchen Vertrag das Rechtsinstitut der „Einkindschaft" festgestellt wurde, sowie des §. 16 der Bedingungen der von Georg Benz unterm 16. Januar 1833 bewirkten Vermögensübergabe.

Der §. 6 des Ehevertrags bestimmt, daß, was über

Digitized by Google

den, in den vorhergehenden §§. erwähnten Vorbehalt und Voraus der Palmer'schen Kinder „nach ein oder des andern Ehegatten Tod an Vermögen vorhanden sein werde, ein gemeinschaftliches Vermögen seie, und unter die alsdann vorhandenen Kinder nach der hiesigen Erbordnung gleichheitlich vertheilt werden soll;" — wogegen der §. 16 der Vermögensübergabe, nach Feststellung eines Vorbehalts von 1000 fl. zur freien Verfügung des übergebenden Georg Benz, bestimmt: „daß alles übrige dereinst nachgelassene Vermögen desselben, sowie obige 1000 fl., falls über diese letzte Summe nicht anderweit verfügt wird, unter sämmtliche leibliche und Stiefkinder des Georg Benz in sechs gleiche Theile gehen soll." —

Auf diese Vertragsbestimmungen wurden in II. und III. Instanz beklagterseits die Behauptungen gestützt: „daß durch den erwähnten §. 6 nicht nur für die Gemeinschaft, sondern auch für das Erbrecht der Vorkinder der Endtermin auf den Tod des **einen** Elterntheils festgestellt werden wollte und festgestellt worden sei, daß also wohl etwa noch der stiefväterliche Vorbehalt von 1000 fl. — weil zur Zeit des Todes der Mutter schon vorhanden und später nicht verbraucht — als Vermögen erscheine, worauf die Vorkinder noch Erbanspruch erheben könnten, nicht aber alles spätere rein Benz'sche Vermögen, und auch nicht der weitere Vorbehalt des Stiefvaters von Fahrnissen im Anschlag von 597 fl. 10 kr., weil bezüglich des letzteren anzunehmen sei, daß solche indessen verbraucht worden seien, — daß also der §. 16 der Vermögensübergabsbedingungen eine neue und — nach Landrecht — unzulässige Bestimmung enthalte."

Diese Behauptungen wurden aber von großh. Oberhofgericht nicht als richtig erkannt, sondern unterm 27. Juni 1867 ward aus folgenden

Gründen

bestätigend erkannt:

„Die rechtliche Gleichstellung der Kinder beider Ehen, die Begründung von Erbrechten der Kinder aus der Vorehe auch gegen den Stiefelterntheil, als wenn die Vorkinder gleichfalls dessen rechte Kinder wären, — dies bildet das Wesen des Instituts der Einkindschaft, — somit deren rechtliche Natur; die Absicht, in solche einzugreifen, darf also nicht unterstellt werden; es muß vielmehr, wenn und wo der Erbansprüche der Vorkinder an dem rein eigenthümlichen Nachlaß des Stiefelterntheils keine Erwähnung geschieht, angenommen werden, daß diese Erwähnung als über etwas, nach dem Wesen des festgesetzten Instituts Selbstverständliches nicht für nöthig erachtet wurde. Es gilt dies auch als gemeinrechtlicher Grundsatz, sowie daß, um etwaige Ungleichheiten oder Härten für die Vor- und Nachkinder zu verhüten, dies nur durch sog. Reservate erfolgen konnte.

Das Schweigen des Ehevertrags in §. 6 vom eigenen Nachlaß des Stiefvaters kann hiernach die Erbansprüche der Kläger nicht aufheben, und daß dies auch nicht — vielmehr das Gegentheil — im Ehevertrage beabsichtigt war, läßt sich aus dem §. 5 entnehmen, der jedenfalls über einen Theil seines Nachlasses — den Vorbehalt — zu Gunsten der Vorkinder disponirt, über den er doch anderweit frei hätte verfügen können. Der Ausdruck des §. 6 „nach ein oder des andern Ehegatten Tode" ist nicht unzweifelhaft und kann nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch auch die Bedeutung: „nach des einen und des andern Tod" haben, und muß die letztere Bedeutung nach der Natur des Vertrags angenommen werden.

Wenn nun durch den §. 16 der Uebergabsbedingungen zu einer Zeit, wo noch ein weiterer Nachlaß als der blose Vorbehalt sicher war, über Beides in der Art verfügt wurde, daß alle Kinder gleich daran erben sollen, — so ist dies nur eine Ergänzung oder Erläuterung der Bestimmung des Ehevertrags, eine Verfügung im Sinne dieses Vertrags, welche dessen rechtlicher Grundlage — der Einkindschaft — vollkommen entspricht und um so mehr beachtet werden muß.

Die Vermögensübergabe war aber überdies keine vollendete Theilung, sondern nur eine theilweise, einstweilige, indem der ganze Vorbehalt von Geld und Fahrnissen im Gesammtanschlage von 1597 fl. 10 kr. künftiger Theilung unterworfen, blieb, da Beides aus dem Gemeinschaftsvermögen geschöpft war und dem spätern Erwerbe zur Grundlage diente, mit dem es nun auch als eine Masse zu erachten ist.

Der in §. 6 des Ehevertrags vorgesehene Fall der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens ist daher auch jetzt erst nach dem Tode des Stiefvaters — eingetreten, und die Theilung hat, wie jene Vertragsbestimmung besagt, gleichmäßig unter alle vorhandenen Kinder zu erfolgen.

Wenn endlich in dieser Instanz von Seiten der Be-

Digitized by Google

klagten für ihre Behauptung noch das in Durbach zur Zeit der Errichtung des Ehevertrags bestandene Baden-Baden'sche Landrecht von 1588 und insbesondere darin eine Stelle in Betreff „der Zeit, zu welcher die Einkindschaft aufhören soll" angerufen wird, so kann auch hieraus nichts zu Gunsten der Beklagten abgeleitet werden. Darnach soll allerdings die Einkindschaft mit dem Tode des zur zweiten Ehe geschrittenen Elterntheils sich endigen und eine Abtheilung des Vermögens erfolgen, der Stiefelterntheil an dem Antheil der Stiefkinder auch keinen Beisitz haben; — es ist damit aber nicht ausgedrückt, daß auch den Stiefkindern damit das Erbrecht am künftigen Nachlaß des Stiefelterntheils entzogen sein soll, und es darf dies daher um so weniger als im Sinne des Gesetzes gelegen unterstellt werden, als der Eingang desselben das Wesen der Einkindschaft ganz in dem gemeinrechtlichen Sinne auffaßt und bezeichnet, nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen daher auch jenes Erbrecht der Stiefkinder — der erfolgten Theilung ungeachtet, als vorbehalten gelten muß. Jedenfalls träte aber auch dieser Gesetzesbestimmung wieder die Thatsache entgegen, daß eine wirkliche „Abtheilung" wie sie das Gesetz bezeichnet, zur Zeit noch nicht stattgefunden hat, da die blos theilweise Vermögensübergabe als solche nicht gelten kann.

Die Vorderinstanzrichter haben sonach — wie auch ihre Entscheidungsgründe darthun — recht geurtheilt, und es müssen nach dem Angeführten, ohne daß es noch eines Eingehens auf die nachgetragene Einrede der entschiedenen Sache bedürfte, ihre Urtheile auch bestätigt werden. Red.

97.

Das Verfahren gegen Refraktäre und Deserteure.

Das Gesetz über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Untersuchungssachen wegen Refraktion und Desertion vom 24. Mai 1865 bezweckt, eine gleichmäßige Behandlung der Untersuchungssachen gegen Refraktäre und Deserteure herbeizuführen. Dieser Zweck ist nur theilweise erreicht, indem in der Praxis sowohl bei den Bezirksämtern als bei den Amtsgerichten in mancher Hinsicht eine verschiedenartige, dem Gesetz nicht entsprechende, Behandlung vorkommt.

I. Verfahren bei den Bezirksämtern.

§. 1 und 2 des Gesetzes.

1) In dem vom Unterzeichneten in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsbericht ist zu §. 1 und 2 des Entwurfs gesagt:

„Man erwartet, daß die Bezirksämter, Staatsanwälte und Amtsgerichte vor Erlassung der öffentlichen Aufforderung, jedenfalls aber vor Einleitung des Verfahrens, nähere Erkundigung über die persönlichen Verhältnisse und den Aufenthalt der angeblichen Refraktäre und Deserteure einziehen, damit nicht, wie dieses schon geschehen, das Abwesenheitsverfahren gegen solche eingeleitet wird, welche bereits gestorben oder Ausländer sind oder sich selbst im Inland befinden."

Dieser Erwartung haben namentlich die Bezirksämter nicht entsprochen, sondern es wird meistentheils die öffentliche Aufforderung zur Rückkehr erlassen, wenn wegen Abwesenheit dem Soldaten die Einberufung oder dem Conscriptionspflichtigen die Ladung zur Aushebungstagfahrt nicht zugestellt werden kann und derselbe in der Tagfahrt nicht erscheint, ohne daß in dem Heimaths- oder früheren Aufenthaltsorte bei Verwandten und Bekannten über den Aufenthalt des Abwesenden Erkundigung eingezogen wird. Es kommt daher nicht selten vor, daß der vermeintliche Deserteur oder Refraktär im Inland oder im Ausland, aber an einem Orte sich aufhält, wo ihm die Einberufung oder Ladung wohl hätte zugestellt, also ein weiteres Verfahren hätte umgangen werden können.

2) Die öffentliche Aufforderung zur Rückkehr (Ediktalladung) wird von den Aemtern bald in der Karlsruher Zeitung, bald in dem Allgemeinen Anzeigeblatt, bald in beiden Blättern und in einem Lokalblatt verkündet.

Bei der Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts Konstanz ist in einem Falle die Frage zur Entscheidung gekommen, ob die von den Aemtern erlassene Ediktalladung, wenn sie nur in das Allgemeine Anzeigeblatt und nicht auch in die Karlsruher Zeitung eingerückt wird, als gehörig verkündet anzusehen ist?

Der Gerichtshof hat sich für die Bejahung dieser Frage entschieden aus folgenden

Gründen:

„Der §. 150 der Str.P.O. verlangt bei der öffentlichen Vorladung die Einrückung in die Zeitung der Residenz. Diese Vorschrift ist aber nur für richterliche Vorladungen maßgebend, während die Bekanntmachung, die durch den §. 4 des Gesetzes vom 5. Oktober 1820 und §. 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1865

vorgeschrieben ist, durch die Verwaltungsbehörde erfolgt. Für diese ist das Blatt, in welches die Bekanntmachung eingerückt werden soll, weder durch ein Gesetz noch durch eine Verordnung bezeichnet. Die Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 5. Dezember 1836 (Ammann, Gerichtsverfassung und Strafprozeßordnung S. 384 ff.) weist die Aemter nur an, die geeigneten öffentlichen Blätter zu wählen. In das Allgemeine Anzeigeblatt gehören nach der Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 24. Dezember 1855 (Reggsbl. No. 47) diejenigen amtlichen Bekanntmachungen, welche seither in die Karlsruher Zeitung einzurücken waren. Zwar ist durch die Verordnung vom 24. Juni 1856 (Reggsbl. No. 25) die Verbindung des Allgemeinen Anzeigeblatts mit der Karlsruher Zeitung wieder aufgehoben worden. Dagegen ist hierdurch dem Allgemeinen Anzeigeblatt die Bestimmung, als Centralorgan des Landes an die Stelle der Kreisverkündungsblätter zu treten, nicht benommen." —

Diese Entscheidung ist nach dem jetzigen Stand der Sache unzweifelhaft richtig.

Allein das Allgemeine Anzeigeblatt ist zu derartigen Verkündungen nicht geeignet, weil es in weitern und entfernteren Kreisen gar keine Verbreitung hat. Auf jeden Fall sollte es nicht dem Ermessen der Aemter überlassen, sondern im Verordnungswege bestimmt werden, in welchen Blättern die öffentliche Aufforderung zu verkünden ist. Es dürfte die einmalige Einrückung in die Karlsruher Zeitung und in ein Lokalblatt genügen.

3) Von einigen Aemtern wird für jeden Refraktär eine besondere öffentliche Aufforderung, von andern Aemtern wird für mehrere zusammen eine Ediktalladung verkündet. Nach §. 4 des Gesetzes vom 24. Mai 1865 kann das Verfahren wie die Hauptverhandlung gleichzeitig und ungetrennt gegen mehrere Beschuldigte gerichtet werden. Diese Bestimmung ist in §. 1 des allegirten Gesetzes nicht enthalten. Allein die Zweckmäßigkeit, namentlich die Rücksicht auf Ersparniß von Schreibereien und Kosten spricht dafür, daß auch von den Aemtern, wo immer thunlich, für mehrere Refraktäre zusammen die Ediktalladung verkündet wird, namentlich dann, wenn dieselben zu dem gleichen Amtsgericht gehören.

4) In der Ediktalladung wird von den Aemtern gewöhnlich eine Frist von nur 14 Tagen oder höchstens 6 Wochen festgesetzt. Diese Frist ist offenbar zu kurz, es sollte insbesondere bei der Refraktion eine solche von wenigstens 2 Monaten bestimmt werden, wie weiter unten bei II. Ziff 2 gezeigt werden wird.

II. Verfahren bei den Amtsgerichten.

§. 4 des Gesetzes.

1) In Ansehung der Verkündung der öffentlichen Vorladung zur Hauptverhandlung herrscht bei den Amtsgerichten keine übereinstimmende Praxis. Von den meisten Amtsgerichten wird die Vorladung manchmal nicht blos durch einmaliges, sondern gegen die Vorschrift in §. 150 der Str.P.O. durch mehrmaliges Einrücken sowohl in der Karlsruher Zeitung, als auch in den Verkündungsblättern für den Kreisbezirk und Amtsbezirk, von einigen Amtsgerichten aber nur durch Anschlag an der Gerichtstafel verkündet. Dieses letztere Verfahren ist allein das gesetzmäßige.

Nach §. 354 der Str.P.O. soll nur in kreisgerichtlichen und schwurgerichtlichen Fällen, nicht aber auch in amtsgerichtlichen Strafsachen eine öffentliche Verkündung in der Zeitung stattfinden, sondern für letztere der Anschlag am Sitze des untersuchenden und erkennenden Gerichts genügen. Vrgl. Ammann zu §. 354 der Str.P.O. Anmerk. 2. Diese Bestimmung findet auch auf die Untersuchungssachen gegen die Refraktäre und Deserteure Anwendung, weil solche nach §. 4 und 7 des Gesetzes vom 24. Mai 1865 zur Gerichtsbarkeit der Amtsgerichte gehören, insofern die Refraktäre und Deserteure nicht zurückgekehrt sind.

Durch den §. 4 des allegirten Gesetzes ist die Bestimmung in §. 354 der Str.P.O. nicht abgeändert und wollte sie nicht abgeändert werden.

Der citirte §. 4 sagt blos, daß der Beschuldigte in die Hauptverhandlung öffentlich vorzuladen sei; er schreibt aber nicht vor, daß die Vorladung in der Zeitung verkündet werden müsse.. Und die Vorladung durch Anschlag an der Gerichtstafel ist gemäß §. 150 der Str.P.O. eben so gut eine öffentliche Vorladung, als die Verkündung in den Zeitungsblättern.

Eben deßhalb ändert es nichts an der Sache, wenn man auch annimmt, daß die in §. 4 des Gesetzes vom 24. Mai 1865 vorgeschriebene Ladung eine Verfügung im Sinne des §. 346 der Str.P.O. ist. Denn dieser

Digitized by Google

§. 346 spricht wieder nur von öffentlicher Vorladung und nicht von einer Verkündung in der Zeitung. Und die Vorladnng durch Anschlag an der Gerichtstafel ist, wie schon gezeigt, auch eine öffentliche Vorladung.

Daß der §. 354 der Str.P.O. durch §. 4 des allegirten Gesetzes nicht abgeändert worden ist und nicht abgeändert werden wollte, ergibt sich unwiderlegbar aus den Kammerverhandlungen über den Gesetzesentwurf.

In dem vom Unterzeichneten in der zweiten Kammer erstatteten Commissionsbericht ist zu §. 4 des Entwurfes bemerkt: „Nach §. 354 der Str.P.O. soll nur in kreisgerichtlichen und schwurgerichtlichen Fällen, nicht aber auch in amtsgerichtlichen Strafsachen eine öffentliche Verkündung der Ladung zur Hauptverhandlung in der Zeitung stattfinden, sondern für letztere der Anschlag an der Verkündungstafel des Gerichts genügen. Gerade bei den Vergehen der Refraktion und Desertion erscheint aber die öffentliche Verkündung in der Zeitung nothwendig. Es wird jedoch einer besonderen gesetzlichen Bestimmung hierüber nicht bedürfen, sondern eine Weisung an die Amtsgerichte im Verordnungswege genügen."

Bei der Discussion über den Gesetzesentwurf äußerte sich jedoch der großh. Regierungscommissär, Ministerialrath v. Freydorf, in der zweiten Kammer ohngefähr folgendermaaßen: „Man hatte von Seite der großh. Regiernng die Verkündung der Vorladung in der Zeitung nicht für nothwendig, weil die in §. 1 des Entwurfs vorgeschriebene öffentliche Aufforderung durch die Bezirksämter schon in der Zeitung verkündet werde, daher der Anschlag an der Gerichtstafel um so mehr genüge, als die Zeitung doch nicht in die Hände der Refraktäre und Deserteure komme und die in ihrer Heimath zurückgebliebenen Verwandten derselben — durch die erwähnte öffentliche Aufforderung schon genugsam Veranlassung haben, sich nach dem Stand der Sache zu erkundigen und den Abwesenden Nachricht davon zu geben."

Hierauf wurde von dem Unterzeichneten als Berichterstatter Namens der Commission erwiedert: „Wenn die großh. Regierung eine öffentliche Verkündung der Vorladung in der Zeitung nicht für nothwendig halte, so wolle die Commission nicht darauf bestehen, daß eine Weisnng an die Amtsgerichte wegen öffentlicher Verkündung in der Zeitung im Verordnungswege erlassen werden soll."

Darnach kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß durch §. 4 des Ges. v. 24. Mai 1865 die Bestimmung in §. 354 der Str.P.O. in Bezug auf das Verfahren gegen Refraktäre und Deserteure nicht abgeändert worden ist und nicht abgeändert werden wollte, daß also die Vorladung zur Hauptverhandlung nicht durch Einrücken in die Zeitung, sondern nur durch Anschlag an der Gerichtstafel verkündet werden soll.

2) Von den Amtsgerichten wird nicht selten bei Refraktionen die Hauptverhandlung vor dem 1. März angeordnet, was dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht.

In dem vom Geheimen Rath Grafen v. Hennin in der ersten Kammer erstatteten Commissionsbericht ist zu §. 1 des Entwurfs gesagt: „Nach §. 59 des Conscriptionsgesetzes ist der ungehorsam Ausgebliebene entschuldigt, wenn er vor dem 1. April (nunmehr, nämlich seit den Gesetzen vom 20. Januar 1858 und 14. Februar 1862 am 1. März) des Jahres, in welchem er beim Kriegsdienst eintreten muß, sich stellt. Die Anberaumung einer gerichtlichen Hauptverhandlung vor diesem Zeitpunkt sollte, wo möglich, umgangen werden, weil sie sich im Falle der freiwilligen Rückkehr des Betreffenden als unnöthig darstellt, wogegen die bezirksamtliche Ediktalladung, welche mit einer Frist von etwa 2 Monaten gerade in die Zeit zwischen der Assentirung und dem Einrücken in den Dienst fällt, als eine zweckmäßige und selbst im Interesse des Flüchtigen liegende Mahnung erscheint."

In dem Gesetz vom 20. Januar 1858 (Reggsbl. No. 3) ist nämlich bestimmt, daß das Kriegsministerium ermächtiget ist, in den Jahren 1859 bis 1861 die Rekruten jeweils am 1. März in den Dienst zu rufen, und daß in diesem Falle überall, wo die Conscriptionsgesetzgebung den 1. April als Frist bezeichnet, der 1. März die gesetzliche Frist ist. In dem Gesetz vom 14. Februar 1862 (Reggsbl. No. 5) ist sodann die Wirksamkeit des Gesetzes vom 20. Januar 1858 auf die Jahre 1862 bis 1865 erstreckt. Und in dem Gesetz vom 9. März 1866 (Reggsbl. No. 14) ist endlich unbeschränkt vorgeschrieben, daß das Kriegsministerium ermächtigt ist, die Rekruten jeweils am 1. März in den Dienst zu rufen, und daß

Digitized by Google

in diesem Falle überall, wo die Conscriptionsgesetzgebung den 1. April als Frist bezeichnet, der 1. März die gesetzliche Frist ist.

Diese Gesetze scheinen den Gerichten bisher gänzlich unbekannt geblieben zu sein, indem die Strafkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe und das großh. Oberhofgericht noch immer den 1. April und nicht den 1. März als die gesetzliche Frist betrachten, vrgl. Annal. XXXII. S. 217 ff.

Alle diese Fragen können zur Sprache kommen, wenn auch das Conscriptionsgesetz in Folge einer neuen Heeresorganisation abgeändert und wenn nicht in dem neuen Gesetz oder in der Vollzugsverordnung eine Bestimmung hierüber getroffen wird. Haager.

98.

Die Klage auf Vermögensabsonderung ist nicht erst dann zulässig, wenn bereits die Substanz des Vermögens der Ehefrau angegriffen ist.

L.R.S. 1443.

Neuheiten, welche erst nach Erlassung des Urtheils zweiter Instanz entstanden, sind auch im dritten Rechtszuge noch zulässig.

§. 1154 der Pr.O.

In Sachen

der Ehefrau des Ferdinand Auer von Ueberlingen, Martina geb. Bühler, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin,

gegen

ihren Ehemann Ferdinand Auer von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Vermögensabsonderung betr.,

ist in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 14. Juni 1866 ausgeführt:

„Aus den Gründen zu dem Urtheil zweiter Instanz ergibt sich, daß das von beiden Theilen in die Ehe eingebrachte Vermögen in der kurzen Zeit von 5 Monaten, während welcher der Beklagte dasselbe verwaltete, eine Einbuße von mehr als 3000 fl. erlitten hat, daß diese bedeutende Vermögensverminderung insbesondere durch die ungünstigen Bedingungen, welche der Beklagte bei dem Rückverkauf des von seinem Vater erworbenen Anwesens eingegangen hatte, veranlaßt wurde, und daß hiebei der Beklagte in sehr nachlässiger, namentlich die Vermögensrechte seiner Ehefrau außer Acht lassender, Weise zu Werke gegangen ist.

Bei einer solchen üblen Verwaltung, welche zur weitern Folge hatte, daß der Beklagte nicht mehr im Stande ist, seiner Ehefrau eine ihren Verhältnissen angemessene Unterkunft und den entsprechenden Lebensunterhalt zu verschaffen, sind alle gesetzlichen Voraussetzungen zur Klage auf Vermögensabsonderung vorhanden, und kann es darauf, ob die Substanz des Vermögens der Klägerin bereits angegriffen worden ist, nicht ankommen, weil gemäß L.R.S. 1443 jene Klage schon dann stattfindet, wenn das Vermögen und der Lebensunterhalt der Frau auch nur als gefährdet erscheint, eine solche Gefährdung aber nach Obigem im vorliegenden Fall zweifellos nachgewiesen ist.

Durch das dem Beklagten für seinen Kaufschillingsrest zustehende Vorzugsrecht kann die Klägerin keineswegs als gesichert erachtet werden, indem der Beklagte nicht gehindert ist, jene Forderung einzuziehen, oder sonst darüber zu verfügen. Letzteres ist denn auch in der That theilweise geschehen, indem der Beklagte inhaltlich eines von der Klägerin in 3. Instanz vorgelegten, und von dem Anwalt jenes nicht beanstandeten, Grundbuchsauszuges erst in neuerer Zeit fünf der noch nicht fälligen Kaufschillingstermine im Gesammtbetrage von 2000 fl. an einen Dritten cedirt und dadurch die Sicherung der Klägerin wesentlich vermindert hat.

Die Berücksichtigung dieser, das Absonderungsbegehren der Klägerin sehr erheblich unterstützenden Neuheit war im dritten Rechtszuge noch zulässig, da jene Thatsache erst nach Erlassung des Urtheils 2. Instanz entstanden ist. Red.

99.

Mittheilungen aus der Praxis des Kreisgerichts Baden.

1) Wenn die Ertheilung der ehemännlichen Ermächtigung in dem gegen beide Eheleute geführten Rechtsstreite bestritten ist und der Beweis durch Eideszuschiebung angetreten wird, so wird nur auf den Haupteid des Ehemannes erkannt, weil nach dessen eidlicher Abläugnung der Ermächtigung, oder nach der

Digitized by Google

Eidesverweigerung die Erklärung der Ehefrau ohne Belang ist. Urtheil J. S. Wenk und Weiß gegen Reiß vom 13. Nov. 1866. Nach der Pr.O. §. 571 genügt zwar, da es sich um eine untheilbare Sache handelt, die Eidesleistung eines der Streitgenossen; allein wenn der Ehemann den Eid geleistet hat, so liegt eben dieser Fall vor. Verweigert er aber den Eid, so bildet dies jedenfalls eine auch gegenüber seiner Ehefrau gültige nachträgliche Ermächtigung. Stabel, titre prél. S. 172 Pr.O. §. 351 Abs. 1. Uebrigens ist die Eideszuschiebung an die Ehefrau gemäß Pr.O. §. 530 Ziff. 1 nur dann zulässig, wenn die Ermächtigung als gemeinschaftliche Handlung erscheint. L.R.S. 3. 217. Zachariä f. C.R. IV. §. 768 Bem. 15.

2) Ehrenkränkungen zwischen Ehegatten fallen nicht unter das Strafgesetz, (vergl. Puchelt Bem. 2 zu §. 291 des Str.G.B.). Handelt es sich aber um Real-Injurien und ist zugleich wegen Körperverletzung Anklage erhoben worden (Puchelt Bem. 3 zu §. 238 des Str.G.B.), so ist das Vergehen als Körperverletzung auch unter Ehegatten strafbar. Ist in dem erstinstanzlichen Urtheil nur über Ehrenkränkung erkannt, so darf nicht im Weg der Anschließung Verurtheilung wegen der zugleich darin liegenden Körperverletzung begehrt werden, weil nach §. 396 der St.P.O. die Anschließung nur bezüglich des gleichen Vergehens zulässig ist; die Beschwerde, welche darin lag, daß der Unterrichter nicht auch über die Anklage der Körperverletzung erkannt hatte, hätte müssen im Wege des Recurses geltend gemacht werden. Urtheil vom 1. Februar 1867 J. A.S. gegen Ullrich und Strob.

3) Die Absicht, richterliches Pfandrecht zu erwirken, berechtigt selbst bei ausdrücklicher Einwilligung des Beklagten nicht zur Klagerhebung, auch nicht zum Begehren eines unbedingten Befehls.

Ein richterliches Urtheil ist nach allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts und nach der Natur der Sache nur dann nöthig, wenn

1) das vom Kläger behauptete Recht, falls es wirklich existirt, als verletzt erscheint, und wenn dasselbe
2) nach erhobener Klage bestritten wird.

Letzteres Erforderniß fällt allerdings beim unbedingten Mandatsprozeß hinweg, nicht aber das Erstere, welches vielmehr die unerläßliche Voraussetzung zum Rechte ist, den Richter anzurufen, welcher abgesehen von wenigen Ausnahmen, z. B. bei öffentlichen Aufforderungen nur die Aufgabe hat, dem verletzten Rechte Staatshilfe zu gewähren.

Stabel, bürgerlicher Prozeß S. 7.
Renaud, Civilprozeß S. 1.

Diese Voraussetzung aber ist hinsichtlich der Forderungen des Klägers nicht vorhanden. Zur Rechtsverletzung gehört nämlich bei Vermögensrechten eine dem Rechte widersprechende Unterlassung oder positive Handlung. Weder das eine noch das andere ist hier ersichtlich oder behauptet, vielmehr hat Beklagter in der vorgelegten Urkunde erklärt, daß er auf jede Einrede gegen seine Schuldigkeiten verzichte und er ist nach Maaßgabe dieser Urkunde erst in dem daselbst bezeichneten jedoch noch nicht eingetretenen Zeitpunkt zur Zahlung verpflichtet, woraus sich ergibt, daß dem Beklagten auch keine widerrechtliche Unterlassung zur Last fällt. Kläger beruft sich zwar, um in diesem Punkte seinem Gesuch Eingang zu verschaffen, auf die Bestimmung des §. 256 der Pr.O., wornach auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne die Voraussetzung einer Statt gehabten Rechtsverletzung geklagt werden kann, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend dazu einwilligt. Allein diese Bestimmung bezieht sich nur auf bestrittene Rechte, für welche aus Gründen der Rechtspolitik das Erforderniß der Rechtsverletzung unter gewissen Voraussetzungen nachgelassen wurde. Nur wenn ein Recht bestritten ist, läßt sich die Befugniß denken, dessen Anerkennung durch den Richter zu erzwingen, wovon hier um so weniger die Rede sein kann, als der Beklagte das fragliche Recht sogar ausdrücklich anerkannt hat.

Die Absicht des Klägers, ein richterliches Pfandrecht zu erlangen, welche zweifelsohne allein seine Klage hervorgerufen hat, kann derselben keinen Eingang verschaffen, weil die Erwerbung von Pfandrechten in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört und das richterliche Pfandrecht eine Nebenfolge und nicht der Zweck des Urtheils ist. Annalen XXII. S. 296.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 30.

(Schluß von Art. 99.)

Hieran kann die Erklärung des Beklagten, daß er mit der Absicht des Klägers einverstanden sei, über die fraglichen Verbindlichkeiten einen unbedingten Befehl zu erwirken, nicht das Mindeste ändern, denn es handelt sich hier um eine dem öffentlichen Rechte angehörige, wesentliche Voraussetzung der richterlichen Thätigkeit, bezüglich deren ein Partheiübereinkommen als unzulässiger Conventionalprozeß erscheint.

Renaud, Civilprozeß S. 16.
Annalen XIX. S. 268.

Da es sich nun nicht um Mängel der vom Kläger gewählten Prozeßart (Pr.O. §. 619), sondern um Unstatthaftigkeit des Klagrechts handelt, so mußte nach Ansicht des §. 262. 1015 der Pr.O. die Klage als nicht stattfindend verworfen werden.

Urtheil vom 29. Januar 1867, J. S. Zivi gegen Bernhard Grethel.

4) Ueber die Unbeweglichkeit von Fahrnissen durch Widmung, vrgl. Annalen XXI. S. 283.

Durch Einvernahme der Zeugen und des Sachverständigen Architekten Knoderer hat sich ergeben, daß die streitigen sechs steinernen Figuren in dem Garten des Georg Weinacker und zwar in einer entlang der Landstraße liegenden Rabatte der Art aufgestellt worden waren, daß für jede derselben eine Vertiefung ausgegraben und deren Boden mit Steinschroppen belegt wurde, auf welche nun der Sockel gestellt und rings um bis zu einer Höhe von 12 bis 17 Zoll mit Erde zugestampft wurde. Speis oder Kitt wurde hiebei nicht angewendet und die Befestigung der Figur auf dem Sockel mittelst eines Dollens ist deßhalb unerheblich, weil es sich hier nicht darum handelt, in welcher Weise die einzelnen Theile der Bildsäule mit einander verbunden worden sind, als vielmehr darum, ob die Bildsäule mit dem Grund und Boden des Weinacker'schen Gartens vereinigt worden ist. Ob diese Vereinigung gerade durch Anwendung der in L.R.S. 525 bezeichneten Bindemittel erzielt wurde, oder ob sie in anderer Weise, wie z. B. hier durch Eingraben in den Boden und Zubereitung eines steinernen Unterlagers bewirkt wurde, erscheint als gleichgiltig, da nicht die Art der Vereinigung, sondern die Thatsache, daß eine Vereinigung der beweglichen Figuren mit dem Garten stattgefunden habe, maaßgebend ist, um eine Widmung im Sinne des L.R.S. 525 vermuthen zu lassen. Zur Zeit als der Einsprachskläger das Haus nebst Garten in der öffentlichen Steigerung erstanden hat, waren die sechs Figuren in angegebener Weise mit dem Grundstück verbunden; er war berechtigt zu glauben, daß diese Figuren die Bestimmung hatten, in dem Garten zu verbleiben, und konnte man ihm nicht wohl zumuthen, sich darüber näher zu verlässigen, durch was für Bindmittel die Befestigung vorgenommen worden ist, auch wurde er durch die Versteigerungsbedingungen von dieser Ansicht nicht abgebracht. Demnach und im Hinblicke auf L.R.S. 552 erscheinen die fraglichen Bildsäulen in Folge der Widmung als unbeweglicher Bestandtheil des Gartens. Urtheil vom 30. Oktober 1866, J. S. Brenner gegen Weinacker Ehefrau. Durch Urtheil des Appellationssenates Offenburg vom 1. März 1867 wurden diese Entscheidungsgründe adoptirt.

5) Der vom Gläubiger in der gemeinen oder Handelsgant des Schuldners eingegangene Nachlaßvergleich gibt dem Bürgen kein Recht, Entledigung nach L.R.S. 1287 anzusprechen. Annal. X. 20 S. 74, XXXIII. S. 20, oberhofg. Jahrb. n. F. XIII. S. 140. Urtheil vom 14. Mai 1867, J. S. Streili gegen Demuth.

6) Wenn unter mehreren concurrirenden Gläubigern der Eine für die Forderung des Andern die Sammtverbindlichkeit übernommen hat, so kann der Letztere den Vorrang vor dem Pfandrechte des Andern verlangen, muß aber jenen concurrirenden Gläubigern nachstehen, welchen sein Sammtschuldner einen

Digitized by Google

Theil seiner Forderung nebst Pfandrecht durch signifizirte und zum Pfandbuch eingetragene Cession abgetreten hat, selbst wenn diese Akte jener Sammtverbindlichkeitsübernahme nachgefolgt sind.

Es ist bei uns unbestrittene Praxis, daß in der Gant des Ehemannes die Frau des Cridars jenen selbst unbevorzugten, concurrirenden Gläubigern nachstehen muß, für deren Forderung sie die Sammtverbindlichkeit übernommen hat, Stempf, Gantverfahren II. Ausg. S. 266, daraus läßt sich im Hinblick auf L.R.S. 2180a ableiten; daß dasselbe Verhältniß eintritt, wenn überhaupt ein concurrirender Gläubiger für die Forderung eines andern concurrirenden Gläubigers sammtverbindlich haftet. Hat aber dieser Sammtschuldner schon vor der Sammtverbindlichkeitsübernahme einen Theil seiner Forderung nebst Pfandrecht durch eine significirte Cession an einen Dritten abgetreten, so beschränkt sich die Wirkung der Sammtverbindlichkeit auf den noch übrigen Theil des Pfandrechts, weil nur dieser noch dem Sammtschuldner gebührt und nur in soweit der Vorrang zur Geltung kommen kann. Wenn die Cession erst nach der Sammtverbindlichkeitsübernahme statt gefunden hat, der Cessionar aber die Cession hat in das Pfandbuch zu einer Zeit eintragen lassen, als das Pfandrecht des Sammtschuldners noch durch keinen andern Eintrag beschränkt war, so liegt darin eine Besitzergreifung, welche ihm den Vorrang vor demjenigen sichert, welcher sich nur auf die Sammtverbindlichkeit berufen kann. L.R.S. 1141. 1690. 2106. 2134. Urtheil vom 14. Mai 1867, J. S. Nathan und Simon gegen Frank und Levi.

Dr. Puchelt.

100.

Ist die Oberappellation gegen die Verwerfung eines Antrags auf Abhör von Zeugen zum ewigen Gedächtniß zuläßig?

Genügt zur Begründung eines solchen Gesuchs die in den persönlichen Verhältnissen der Zeugen nahe liegende Möglichkeit des leichten Wechsels ihres Aufenthaltsorts?

Vrgl. Annal. 1840 (VIII.) No. 15. IV. S. 91. 92.

In Sachen
Riegler
gegen
Lebensversicherungs-Gesellschaft Germania

hatte die auf Zahlung der durch den Tod des Georg Riegler verfallenen bedeutenden Versicherungssumme belangte Gesellschaft den Beweis, daß der Ehemann der Klägerin an den Folgen von Trunksucht gestorben, seine Wittwe demnach statutengemäß der Versicherungssumme verlustig sei, durch Zeugen anticipando angetreten, und auf Erhebung dieses Beweises zum ewigen Gedächtniß angetragen, weil die Zeugen meist dem Stande der Dienstboten, insbesondere Kellner angehörten, welche Classe von Leuten ihren Dienst, auch den Aufenthalt häufig zu wechseln pflegen, ein Wechsel, der bei einigen zum Theil durch Auswanderung bereits eingetreten sei.

Dieses Gesuch war jedoch in 2 Instanzen verworfen worden. Die Gesellschaft ergriff hiergegen die Oberappellation.

Es wurden aber Zweifel gegen deren Zuläßigkeit sowohl, als gegen die Begründetheit der Beschwerde erhoben.

Man versuchte auf klägerischer Seite, die angefochtene Verfügung als in die Classe der einstweiligen Verfügungen gehörig darzustellen, um auf Grund des §. 1152 der Pr.O. die Verwerfung des Rechtsmittels als unstatthaft zu erzielen, wogegen die Beklagte die Verwerfung ihres Antrags für eine prozeßleitende Verfügung angesehen wissen wollte, und den Ausnahmsfall des §. 374 der Pr.O. behauptete.

Bezüglich der Begründetheit des Rechtsmittels wurde mit Bezug auf §. 516 der Pr.O. eingewendet, die Beklagte habe eine Gefahr nicht nachgewiesen, daß bei Verzögerung der Abhör der Zeugen das Beweismittel verloren oder der Gebrauch desselben sehr erschwert würde, denn die im Allgemeinen in Aussicht gestellte Möglichkeit, daß die Zeugen zum Theil durch ihren Beruf nicht an einen ständigen Aufenthalt gebunden, sondern vielfach zum Wechsel veranlaßt seien, genüge für jenen Nachweis nicht, das Gesetz verlange den Nachweis einer bevorstehenden speciellen Gefahr.

Nach einer anderen weiteren Auffassung wurde dagegen jenes Vorbringen zur Nachweisung einer Gefahr im Sinne des §. 516 der Pr.O. für genügend erachtet, indem die

Digitized by Google

Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtniß als Mittel zum Zweck der Herbeiführung des Sieges im Hauptprozesse gestattet sei, mithin überall da zugelassen werden müsse, wo die Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei, daß einzelne Zeugen später nicht mehr, oder nur schwer, beigebracht werden können. Wenn auch mehrere fest angesessen seien, bei ihnen also die Gefahr der Unbeibringlichkeit nicht bevorstehe, so könne dies bezüglich der Andern nichts ändern; denn es handle hier sich jedenfalls um eine Kette von Beweisen für einzelne, zusammen die Einrede der Trunksucht als Beschleunigungsursache des Todes bildenden Thatsachen, in welcher das Ausfallen einzelner Glieder eine vielleicht entscheidende Unterbrechung herbeiführen könnte. Allein das großh. Oberhofgericht sprach in den Gründen zu diesem bestätigenden Urtheil vom 4. Juli 1867 aus:

„Die Oberberufung der beklagten Gesellschaft gegen das Erkenntniß der vordern Instanz, wodurch der von ihr gestellte Antrag auf Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse als unbegründet verworfen wurde, ist zwar für zulässig zu erachten, da jenes Erkenntniß als eine prozeßleitende Verfügung über einen, der Voraussetzung des §. 374 der Pr.O. entsprechenden, Antrag aufzufassen und die Oberberufungssumme des §. 1151 der Pr.O. hier auch zweifellos vorhanden ist; — allein die erhobene Beschwerde ist nicht begründet. —

Um der in §. 516 der Pr.O. ausgesprochenen Voraussetzung der Statthaftigkeit des Gesuches um Abhör der Zeugen zum ewigen Gedächtnisse zu genügen, berief sich die Beklagte auf ein Zeugniß des Polizeikommissariats Heidelberg darüber, daß acht von den ursprünglich in Vorschlag gebrachten Zeugen, welche früher in Heidelberg in Diensten oder Arbeit gestanden waren, von Heidelberg abgereist seien, und Einer davon selbst nach Amerika ausgewandert sein soll, sowie auf den Umstand, daß unter den noch anwesenden Zeugen sich eine große Anzahl „bediensteter Personen" befänden, welche ihren Aufenthalt sehr häufig wechseln, so daß Gefahr drohe, daß bei längerer Verzögerung der Zeugenabhör der Verlust der Zeugen sich vermehre, und die Erhebung der Aussagen immer schwieriger werde.

Es sind nun aber von den zur sofortigen Einvernahme in Vorschlag gebrachten Zeugen 15 in Heidelberg ansäßig, von den weiteren 12 als „bedienstete Personen" bezeichneten — Zeugen vier in Heidelberg, zwei in der Rheinpfalz, einer in Württemberg und fünf im Großherzogthum Baden theils noch anwesend, theils heimathsberechtigt, — so daß auch die spätere Einvernahme aller dieser Zeugen sofort leicht bewirkt, oder ihr jeweiliger Aufenthalt leicht ermittelt, der Gefahr eines etwaigen unvorhergesehenen Wegzuges Einzelner an unbekannte Orte aber durch geeignetes vorläufiges Benehmen mit den Zeugen selbst oder mit den betreffenden Ortsbehörden vorgebeugt werden kann.

Daß eine solche Entfernung einzelner Zeugen aber jetzt schon wirklich bevorstehe, oder daß aus einem andern erheblichen Grunde — wie etwa dem hohen Alter oder gefährlicher Krankheit — der Zeugen baldiger Verlust zu befürchten stehe, dem nur durch ihre schleunigste Abhör vorgebeugt werden könnte, — ist nicht behauptet; die vorgebrachten, eine blose „Möglichkeit der Entfernung" der Zeugen begründenden Momente dagegen sind nicht geeignet, eine Gefahr nachzuweisen, wie das Gesetz sie verlangt, um eine Ausnahme von dem regelmäßigen Prozeßverfahren zu rechtfertigen."

Red.

101.

Ueber die Behandlung des sog. qualificirten Geständnisses *) §. 401 der Pr.O. von 1831 (jetzt §. 385).

I. Einige neuere Entscheidungen über Fälle des qualificirten Geständnisses:

1) bei der Behauptung des Beklagten, daß die Geltung des Vertrages von schriftlicher Abfassung desselben abhängig erklärt worden sei;

2) mit der Behauptung des Beklagten, daß der Verkauf nur unter der Bedingung, daß die Ehefrau des Beklagten noch ihre Zustimmung dazu gebe, abgeschlossen worden sei;

3) mit der Behauptung des Beklagten, daß bei dem Hauskaufvertrag das Bestehen einer gewissen Rentabilität des Hauses während der letzten Jahre — als Bedingung des Abschlusses festgesetzt worden sei.

---

*) Vrgl. Annalen 1850 No. 16 S. 126 ff.
„ 47 S. 373. 374.
1856 „ 29 S. 225 ff.
„ 41 S. 321 ff. Red.

Digitized by Google

II. Angeknüpfte Erörterungen:

1) Entstehung und Tragweite des §. 401 der Pr.O. von 1831, §. 363 jener von 1851, §. 385 der jetzigen Pr.O.
2) Grundsätze zur Bestimmung Desjenigen, was zum Klaggrund gehöre. Beweispflicht des Beklagten hinsichtlich der von ihm behaupteten Beifügung besonderer Nebenbestimmungen bei einem Vertrag. Bekämpfung der Weber'schen und von Bayer'schen Theorie.
3) Geltung dieser Grundsätze auch für Fälle, wo vom Beklagten die Festsetzung einer Suspensivbedingung behauptet wird, und für ähnliche Fälle. Perfection eines Vertrags im Sinne des röm. Rechts; Unterschied von Rechtsgiltigkeit des Vertragsabschlusses an sich.
4) Verbindung dieser Grundsätze mit §. 401, jetzt §. 385 der Pr.O.
5) Anwendung jener Grundsätze auf die im Eingang aufgeführten Rechtsfälle.
6) Bei zweiseitigen Verträgen hängt die Pflicht zur Beweisführung über Umfang, Beschaffenheit ꝛc. eines Vertragsobjektes davon ab, ob die Partei bezüglich des fraglichen Objektes der zur Leistung desselben Verpflichtete, oder aber der zum Anspruch auf dasselbe Berechtigte ist.
7) Angeblicher Einfluß der sog. Exceptio non adimpleti contractus, und der Exceptio non rite impleti contractus auf die Frage der bemerkten Beweispflicht.
8) Verwirrung unter den Anhängern der Weber'schen und von Bayer'schen Theorie bei der Durchführung derselben.

Mißliche Resultate dieser Theorien.

I. Rechtsfälle.

Erster Rechtsfall:

In Sachen

des Fabrikanten G. Faist von Schramberg, Klägers, Widerbeklagten,

gegen

Christian Trautwein von Schiltach, Beklagten, Widerkläger,

Versteigerung eines gemeinschaftlichen Hofgutes, bezw. Uebernahme desselben betr.

Es war unbestritten, daß die Parteien das fragliche Hofgut gemeinschaftlich angekauft hatten, und hatte auf Grund dieser Gemeinschaftlichkeit des Besitzthums der eine Theil, der Kläger, die Versteigerung desselben behufs der Theilung des Erlöses beantragt. Der andere Theil, Beklagter, aber hatte in der Widerklage sich auf eine zwischeneingetretene Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 berufen, wornach bereits der Kläger, Widerbeklagte, sich verbindlich gemacht hätte, das ganze Hofgut auf seine alleinige Rechnung zu übernehmen, gegen eine Abfindungssumme von 3500 fl., die er seinem Theilhaber, dem Widerkläger zu bezahlen habe. Der Widerbeklagte hatte aber dieser Widerklage entgegengehalten, daß bei der angerufenen Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 die Bestimmung getroffen worden sei, daß die Uebereinkunft schriftlich abgefaßt werden müsse, und erst wenn dieses geschehen, ihre Geltung haben solle; und er hat auf diesen Grund und auf den weiteren, daß eine schriftliche Abfassung nicht nachgefolgt sei — was nicht bestritten war — verlangt, daß jener angebliche Vertrag vom 25. Juni 1860 als unwirksam nicht berücksichtigt werden solle.

Die vom Widerbeklagten der Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 entgegengehaltene Behauptung, daß deren Geltung von der schriftlichen Abfassung abhängig gemacht worden sei, wurde, soweit aus den oberinstanzlichen Akten zu entnehmen ist, von dem Unterrichter in der Weise behandelt, daß er dem Widerkläger einfach den Beweis des Abschlusses der fraglichen Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 auflegte, ohne weitere Notiz von der entgegengehaltenen Bedingung zu nehmen; und da er diesen Beweis wie es scheint in dem deßfallsigen Zugeständniß des Widerbeklagten fand, so ging sein Erkenntniß vom 22. August 1861 hinsichtlich der Widerklage dahin:

„Der Kläger, Widerbeklagte sei schuldig, den am 25. Juni 1860 mit dem Beklagten, Widerkläger abgeschlossenen Vertrag dahin zu erfüllen, daß derselbe gegen Uebernahme des in der Klage bezeichneten Hofguts zum alleinigen Eigenthum — dem Beklagten, Widerkläger eine Abstandssumme von 3500 fl. nebst 5 pCt. Zinsen hieraus vom 2. August 1861 an bezahle ꝛc."

Wie die zweite Instanz, großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises diesen Punkt betrachtete, ergibt sich aus dessen abänderndem Urtheil vom 12. Dezember 1862,

Digitized by Google

welches in der Folge auch von großh. Oberhofgericht bestätigt wurde. Jenes Urtheil lautet:

„Der Kläger, Widerbeklagte hat in einer vor dem Unterrichter anzuberaumenden Tagfahrt einen Eid dahin zu leisten:

es ist nicht wahr, daß der zwischen mir und dem Beklagten, Widerkläger am 25. Juni 1860 verabredete Vertrag ohne die Bestimmung, daß jener Vertrag schriftlich abgefaßt werden müsse, und erst wenn dieses geschehen sei, seine Geltung haben solle, —

abgeschlossen worden ist."

Das Urtheil betrachtet dann weiter bei Leistung dieses Eides durch den Kläger, Widerbeklagten die fragliche Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 für unwirksam, und es hätte also nach dem Begehren des Klägers, Widerbeklagten in der Vorklage die Versteigerung des noch als gemeinschaftlich zu betrachtenden Hofgutes vor sich zu gehen.

Bei Verweigerung des Eides (von Seite des Klägers, Widerbeklagten) wird wegen des alsdann nicht vorhandenen Beweises der fraglichen Nebenbestimmung die Uebereinkunft vom 25. Juni 1860 für gültig betrachtet und der Kläger, Widerbeklagte für schuldig erkannt, das Hofgut als alleiniges Eigenthum zu übernehmen und dem Beklagten, Widerkläger die Abfindungssumme zu bezahlen; und wird Kläger, Widerbeklagter dann zugleich mit dem entgegengesetzten, auf Versteigerung des Hofgutes gerichteten Begehren seiner Vorklage abgewiesen.

Entscheidungsgründe zu dem bestätigenden Urtheile vom 8. Juni 1863, soweit sie obigen Punkt betreffen:

Der Beklagte, Widerkläger, beschwert sich darüber, daß er bezüglich des Gedinges der schriftlichen Abfassung des Vertrages als beweispflichtig betrachtet wurde. Diese Beschwerde hat jedoch keinen Grund, da nach der Erklärung des Widerbeklagten angenommen werden muß, daß solcher das Zustandekommen einer rechtsverbindlichen Vertragsabrede in Widerspruch zog, es sich mithin in der That nur um ein Abläugnen der entgegenstehenden Behauptung des Wiklägers handelt. Wenn aber Widerkläger noch weiter geltend macht, daß ihm ein Beweis in dieser Richtung noch gar nicht aufgelegt worden sei, so ist auch dieses nicht richtig, da die unterrichterliche Beweisauflage den Vertragsabschluß überhaupt zum Gegenstand hatte, dazu aber selbstverständlich auch gehörte, daß dessen Giltigkeit nicht von der Aufnahme einer Vertragsurkunde abhängig gemacht wurde.

Der Widerkläger hat zur Führung des ihm obliegenden Beweises eines unbedingten Vertragsabschlusses sich außer der Eidesdelation auch noch anderer Beweismittel bedient. Dieselben sind jedoch theils unzulässig, theils unerheblich. Insbesondere ist in letzterer Beziehung das klägerische Schreiben vom 3. Juli 1860, welches allein eine nähere Betrachtung verdient, nicht geeignet, den unbedingten Vertragsabschluß herzustellen, da solches nur etwa dafür spricht, daß Widerbeklagter bei Ablassung des Schreibens, welche nur wenige Tage nach der streitigen Vertragsberedung erfolgte, eben der Ansicht war, daß die schriftliche Abfassung des Vertrags, wie er besprochen worden, keinem Anstand unterliegen werde.

Der Widerkläger machte weiter geltend, daß die zwischen ihm und dem Widerbeklagten bestandene Gemeinschaft, auch dann, wenn der bindende Abschluß des Vertrags vom 25. Juni 1860 nicht herzustellen wäre, als aufgelöst zu betrachten und das Hofgut als Alleineigenthum des Widerbeklagten anzusehen sei. Diese Behauptung entbehrt jedoch jeglicher Begründung, da vom Widerkläger nur Ein Vertrag, nämlich der oben bemerkte, erwähnt wurde, mit der Unwirksamkeit desselben im Ganzen aber auch die darin bestimmte Ueberlassung des Hofguts an den Widerbeklagten als hinfällig erscheint.

Wenn endlich Widerkläger noch die Meinung äußert, daß die Leistung des dem Widerbeklagten von großh. Hofgerichte aufgelegten Eides nur die Folge haben könne, daß derselbe (Widerkläger) auf schriftliche Abfassung dringen könne, so ist auch dieses unrichtig, da nach der Darstellung des Widerbeklagten die Giltigkeit der Vertragsberedung von der schriftlichen Aufsetzung abhängig gemacht wurde, mithin wenn sich durch die Eidesleistung diese Darstellung als wahr bestätigt, von einem bindenden Vertrag überall keine Rede mehr sein kann. —

Zweiter Rechtsfall: In Sachen
des Kato Ruf von Steißlingen
gegen
Adam Kornmaier von da,
Haltung eines Kaufvertrags betr.

Der Beklagte, auf Haltung eines angeblich mit dem

Kläger abgeschlossenen Vertrages, wornach er dem Kläger Liegenschaften verkauft hätte, — belangt, läugnete nicht eine deßfallsige Beredung zwischen ihm und dem Kläger, schützte aber und zwar erst in 2. Instanz, als novum, vor, es sei dabei vorbehalten worden, daß seine, des Beklagten, Ehefrau ihre Zustimmung zu dem Verkaufe gebe, die aber nicht erfolgt sei, — welch' letzterer Umstand anerkannt ist. (Es handelte sich übrigens nur um ehemännliche und errungene Liegenschaften.) Diese Behauptung eines dem Vertrage beigefügten Vorbehaltes wurde von großh. Hofgericht des Seekreises, und übereinstimmend in 3. Instanz von großh. Oberhofgericht nicht als ein bloser Widerspruch gegen die Klage aufgefaßt, weßhalb auch da in 1. Instanz der Klagvortrag an sich zugestanden worden war, es sich nicht um einen eigentlichen Widerruf jener Erklärung des Beklagten, sondern um eine als novum noch in 2. Instanz zulässige eigene Behauptung des Beklagten handle.

Es war nicht dem Kläger der Beweis des vorbehaltlosen Vertragsabschlusses, sondern dem Beklagten der Beweis, daß jener Vorbehalt gemacht worden sei, auferlegt, und von großh. Hofgericht einiges Gewicht auf den vom Beklagten beigebrachten Vermuthungsbeweis gelegt und daher auf den Erfüllungseid des Beklagten, von großh. Oberhofgericht aber schlechthin auf den vom Beklagten dem Kläger zugeschobenen Haupteid erkannt worden.

Das hofgerichtliche Urtheil vom 27. October 1863 lautet:

Der Beklagte hat folgenden Erfüllungseid zu leisten:

„Es ist wahr, daß ich zu dem in der Klage näher bezeichneten Liegenschaftskaufvertrag vom 5. Dezember 1862 meine Einwilligung nur unter der Bedingung gegeben habe, daß auch meine Ehefrau dem Vertrag zustimme."

Bei Leistung des Eides wird der Kläger abgewiesen, bei Verweigerung desselben soll Beklagter schuldig sein, den Vertrag zu halten.

Das oberhofgerichtliche Urtheil vom 8. März 1864 lautet:

Der Kläger hat den ihm zugeschobenen Haupteid dahin zu leisten:

„Es ist nicht wahr, daß der Beklagte zu dem in der Klage näher bezeichneten Liegenschaftskaufvertrag vom 5. December 1862 seine Einwilligung nur unter der ausdrücklichen Bedingung, daß auch seine Ehefrau dem Vertrag zustimme, gegeben hat u. s. w."

Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil:

Daß die erhobene Klage begründet ist, und daß die derselben entgegengesetzten Einreden der Trunkenheit und der Ueberredung zu dem Kaufsabschlusse keine Berücksichtigung finden können, daß dagegen die in der Appellationsbeschwerdeschrift aufgestellte und nach §. 1172 der Pr.O. in 2. Instanz noch zulässige Behauptung, der Beklagte habe seine Einwilligung zu dem Kaufvertrag nur unter der Bedingung ertheilt, daß seine Ehefrau demselben ebenfalls zustimme, als erheblich zu betrachten ist; daß ferner dieser Einwand durch die Erklärung der Ehefrau des Beklagten, sie stelle den Kaufabschluß lediglich ihrem Ehemanne anheim, nicht entkräftet werden kann: wurde bereits in den Entscheidungsgründen zum hofgerichtlichen Beweiserkenntniß vom 16. Juni v. J. dargethan, und werden daher solche in obigen Beziehungen lediglich adoptirt.

Den Beweis des vorerwähnten von dem Kläger widersprochenen Vorbehaltes hat der Beklagte lediglich durch Eideszuschiebung angetreten; der Kläger aber auf Grund des §. 541 der Pr.O. von der Gewissensvertretung Gebrauch gemacht. Wenn nun auch diese, wie das großh. Hofgericht mit Recht angenommen hat, als mißlungen zu betrachten ist; so erscheinen doch die Vermuthungen, welche aus dem Inhalte der Kaufurkunde und aus dem Verhalten des Klägers der Ehefrau des Beklagten gegenüber — abgeleitet werden, nicht von solcher Erheblichkeit, daß dieselben eine genugsame Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Vorbehalt und folgeweise die Auflage eines Nothеides zu begründen geeignet wären, weßhalb auf den dem Kläger über jene Thatsache zugeschobenen, zweifellos zulässigen Haupteid, und nach Ansicht der §§. 168. 1175 der Pr.O. wegen der Kosten, wie geschehen, erkannt werden mußte.

Dritter Rechtsfall:

In Sachen

der Obereinnehmer Fischer's Erben von Mannheim

gegen

Kaspar Knittel von da,

Erfüllung eines Hauskaufs betr.

Die klagenden Erben hatten vorgetragen, daß zwi-

Digitized by Google

schen ihnen, beziehungsweise ihrem Bevollmächtigten und Miterben Albin Fischer und dem Beklagten ein Vertrag dahin abgeschlossen worden sei, daß der Beklagte ihnen ihr Haus in Rastatt No. 90 in der Herrenstraße um 14,000 fl. abkaufe. Der Beklagte gab nun zwar zu, daß ein Vertrag über jenes Haus um besagten Preis zwischen ihm und dem klägerischen Bevollmächtigten stattgehabt habe, fügte aber bei, daß bedungen worden sei, daß dieses Haus seit langen Jahren einen jährlichen Ertrag von 1260 fl. abgeworfen, und er sich nur unter dieser Voraussetzung zu dem Kauft verbindlich gemacht habe. Einen solchen Ertrag hatte aber nun, wie zwischen den Parteien unbestritten scheint, das Haus in Wirklichkeit nicht gehabt, und Beklagter hatte daher Abweisung der Kläger beantragt. Die Kläger stellten aber in Abrede, daß ein solches Geding wegen der bisherigen Rentabilität des Hauses bei dem Vertrag verabredet worden wäre.

Das Erstinstanzgericht, großh. Kreis- und Hofgericht Mannheim, legte dem Beklagten den Beweis darüber auf, daß das fragliche Geding verabredet worden sei und erkannte unterm 11. März 1865, daß der Mitkläger Albin Fischer den ihm vom Beklagten zugeschobenen Haupteid dahin auszuschwören habe:

> „Es ist nicht wahr, daß Beklagter das Haus No. 90 in der Herrenstraße zu Rastatt von mir nur unter der Bedingung um 14,000 fl. gekauft hat, daß dieses Haus seit langen Jahren einen jährlichen Ertrag von 1260 fl. abgeworfen habe."

Der Appellationssenat jenes Gerichtshofes fand dagegen in der bemerkten Behauptung des Beklagten ein Leugnen des unbedingten Kaufabschlusses, erachtete die Kläger für verbunden, dem entgegen den unbedingten Verkaufsabschluß zu beweisen, und erkannte demgemäß auf den eventuell hierüber dem Beklagten zugeschobenen Haupteid dahin:

> „Es ist nicht wahr, daß ich von Albin Fischer, handelnd für sich und als Vertreter der übrigen Kläger, am 26. November 1864 das in der Klage bezeichnete Haus um den übereingekommenen und baar zu bezahlenden Preis von 14,000 fl. gekauft habe."

Das großh. Oberhofgericht hat dieses letztere Urtheil unterm 30. Januar 1866 bestätigt, aus nachstehenden

Entscheidungsgründen:

Der Gerichtshof ist im Allgemeinen von den gleichen Grundsätzen wie der Appellationssenat ausgegangen, wonach die Kläger als beweispflichtig erscheinen.

Durch Aufhebung des Absatzes 3 des L.R.S. 1356 durch §. 385 der Pr.O. (gleichlautend in §. 401 und 363 der älteren Pr.O.) sollte nicht schlechthin die Theilbarkeit des Geständnisses als Prinzip aufgestellt, vielmehr nur der übermäßigen Ausdehnung, welche dem Grundsatze der Untheilbarkeit des Geständnisses vielfach in der französischen Jurisprudenz beigelegt wurde, entgegengetreten und die gemeinrechtliche Doctrin wieder in Kraft gesetzt werden. —

Es ergibt sich dies aus

> Duttlinger, im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung I. S. 170. 376, II. S. 176.
>
> v. Weiler, Motive zu §. 401 der Pr.O. S. 35.

Nach dem gemeinen Prozeßrechte, wie solches unter andern in

> Bayer's Vorträgen über den bürgerlichen Prozeß §. 373

entwickelt ist, kommt es für die Vertheilung der Beweislast darauf an, ob die vom Beklagten seinem Geständniß beigefügte Beschränkung eine indirecte Verneinung eines Theils der die Klage begründenden Thatsachen, oder aber eine Einrede enthält; — ebenso bestimmt Abs. 1 des §. 385 der Pr.O., daß, wenn die dem Geständnisse beigefügten Beschränkungen ein bloses Abläugnen thatsächlicher Behauptungen der Gegenpartei enthalten, letztere beweispflichtig ist.

Im vorliegenden Falle hat nun Beklagter den vom Kläger behaupteten definitiven Abschluß eines Hauskaufs mit dem Anfügen widersprochen, daß er sich bei den hierüber stattgefundenen Verhandlungen zur Uebernahme des fraglichen Hauses um den Kaufpreis von 14,000 fl. unter der Bedingung bereit erklärt habe, daß dasselbe seit langen Jahren jährlich 1260 fl. eintrage.

Wenn hiergegen in den Entscheidungsgründen der I. Instanz (worauf sich vom oberappellantischen Anwalt in der mündlichen Verhandlung besonders berufen wurde) der Satz aufgestellt wird, daß nach Behauptung des Beklagten dem abgeschlossenen Kaufvertrag noch obige Bedingung beigefügt worden sei, so steht jener Satz mit der Erklärung des Beklagten im Protokoll vom

Digitized by Google

23. Januar v. J. thatsächlich im Widerspruch und kann daher demselben nach §. 1006 der Pr.O. irgend eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden. In Folge der dem Zugeständnisse des Beklagten beigefügten Beschränkung, wie sie in jenem Protokoll enthalten ist, kann vielmehr die definitiv zu Stande gekommene Uebereinstimmung beider Theile nicht als erwiesen angesehen werden, indem Beklagter hiernach eine besondere Beschaffenheit des Kaufobjects stipulirt und hievon sein Einverständniß mit dem bestimmten Kaufpreise abhängig gemacht hat; es enthält somit jene Erklärung ein Abläugnen wesentlicher, die Klage begründender Thatsachen, daher Kläger diese — aber auch nur diese — zu beweisen verbunden.

L.R.S 1315. Pr.O. §§. 384. 385. —

Da dieser Beweis lediglich durch Eideszuschiebung angetreten und dieser Eid vom Beklagten angenommen worden ist, so hat das Appellationsgericht mit Recht auf diesen erkannt.

Das Erkenntniß zweiter Instanz mußte daher bestätigt und Kläger, Oberappellanten nach §. 170 der Pr.O. auch in die Kosten dieses Rechtszugs verfällt werden. *)

II. Erörterungen.

§. 1.

Ueber die Behandlung des sog. qualificirten Geständnisses hinsichtlich der Beweislast hat sich ausweislich der vorstehend mitgetheilten Entscheidungen die Rechtsprechung bei dem obersten Gerichtshof noch nicht festgestellt, wie dieselbe auch in den vorausgegangenen Jahren ausweislich der in den

oberhofg. Jahrbüchern n. F. X. S. 27 und
Magazin für Rechtspflege und Verwaltung Bd. II. S. 471,

und sodann der in

Annalen XXIII. S. 70 und XXVII. S. 60

angeführten Erkenntnisse — geschwankt hatte.

Bei der Wichtigkeit der Sache dürften daher ungeachtet der Ausführungen der einen Ansicht in

den oberh. Jahrb. n. F. X. S. 27 ff. und XXI. (beziehw. Jahrb. f. bad. Recht I.) S. 325

und der entgegengesetzten

in Annal. XXIII. S. 225 ff.

einige Erörterungen mit Rücksicht auf die vorangeschickten Rechtsfälle und mit Hinweisung auf die praktischen Resultate am Platze sein.

Die erste Frage für uns ist nun allerdings die, ob über jenen Punkt durch den §. 401 der P.O. von 1831 §. 363 der P.O. von 1851 (jetzt §. 385) eine bestimmte Entscheidung gegeben sei, wie der Aufsatz in

Annal. XXIII. S. 225 ff.

und auch die Entscheidungsgründe zu dem oben mitgetheilten oberhofg. Urtheile vom 30. Januar 1866 unter Bezug hauptsächlich auf v. Weiler's Motive zum Prozeßordnungsentwurf von 1831 zu §. 401 — annehmen.

Wenn nun aber in diesen Motiven auf die Untheilbarkeit des Geständnisses wenigstens in einem gewissen Umfang — als auf den Grundsatz hingewiesen wird, von dem der §. 401 der Pr.O. von 1831 ausgehe, so kann dieser Ausdruck „Untheilbarkeit" vorweg nicht in seiner eigentlichen Bedeutung genommen sein, denn wie schon in den

cit. Jahrb. f. bad. Recht I. S. 326 u. 327,

hervorgehoben ist, kann bei dem §. 401 von einer eigentlichen Untheilbarkeit des Geständnisses überall nicht mehr die Rede sein, nachdem der deßfallsige bis dahin gesetzlich bestandene Grundsatz im Abs. 3 des §. 401 ausdrücklich aufgehoben, und in Abs. 1 unter Voraussetzung unbeschränkter Trennbarkeit die Vorschrift gegeben ist, daß von den Bestandtheilen der beklagtischen Erklärung für sich nach seiner innern Natur zu behandeln sei. *)

(Forts. folgt.)

*) Bei der Abnrtheilung dieses Falles war übrigens von einer Seite auch eine abweichende Ansicht, wornach das erstinstanzliche Urtheil wieder herzustellen gewesen wäre, theils wegen anderer Anschauung über die Behandlung des qualificirten Geständnisses im Allgemeinen, theils aus Gründen, die aus der eigenthümlichen Beschaffenheit des Falles hergenommen waren, — vertreten worden.
D. E.

*) Auch die in den v. Weiler'schen Motiven besonders angezogenen Aufsätze im

Archiv f. bad. Rechtspfl. u. Gesetzg. Bd. I. S. 176. 376 u. 595, insbes. S. 189 u. 601 (Duttlinger u. v. Kettenacker)

erklären das qualificirte Geständniß nach den Denkgesetzen und nach den Regeln des gemeinen Rechts als immer theilbar, und im gemeinen Recht ist dies (mit Ausnahme von Danz) ebenfalls allgemein anerkannt, auch von

Weber, Verbindl. z. Beweisf. §. 42 S. 223,
v. Bayer, Vortr. über d. g. Proz. §. 228 S. 735–736,
v. Linde, Civilproz. (7. Aufl.) §. 256.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 31.**

(Fortsetzung von Art. 101.)

Es kann also jene Untheilbarkeit des Geständnisses nur in der uneigentlichen Bedeutung gemeint sein, daß die Gegenpartei Desjenigen, der das Geständniß ablegt, indem sie das Eingestandene sich zu nutz macht, auch die Beweislast hinsichtlich der von dem Gestehenden beigefügten Beschränkungen zu tragen, d. h. die Verpflichtung habe, das Gegentheil derselben darzuthun. Allein auch von einer Untheilbarkeit in diesem Sinn zu Gunsten des Gestehenden enthält der Text des §. 401 keine Andeutung, da er es lediglich von der inneren Natur des fraglichen (beklagtischen) Vorbringens, nämlich davon, ob es ein bloses Abläugnen eines Theiles der thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei sei, oder nicht, — die Beweislast abhängig macht. Die Ausdrücke des Gesetzes sind hiebei allgemein gehalten, so daß es sich nicht näher darüber ausspricht, Was zu den thatsächlichen Behauptungen zunächst der Klage u. s. w. gehöre, und Was also als ein bloses Abläugnen dieser thatsächlichen Behauptungen der Klage u. s. w. sich darstelle: und erscheint die Feststellung dieser Fragen also den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Wissenschaft überlassen. Wenn man nun dessenungeachtet in der Weise, wie

in Annalen XXIII. S. 226 ff.,

eine gewisse, festbezeichnete Theorie als den ein für allemal festgestellten Gedanken des Gesetzes in dieses hineintragen will: so muß man dafür strengen und zuverlässigen Nachweis fordern. Ob dies durch die von jener Seite angeführten Gründe und Umstände geschehen ist, soll kurz erörtert werden.

Die Motive zum §. 401 geben nämlich nicht selbst die Darstellung der deßfallsigen Theorie, die Aufsätze aber

im Archiv für badische Rechtspflege und Gesetzgebung Band I. S. 176 ff., 376 ff., sodann S. 593 ff. und 619 ff.,

auf welche in einer ohnehin sehr unbestimmten Weise verwiesen ist, befassen sich zunächst mit der Frage über die Ausdehnung, die man dem damals nach L.R.S. 1356 Abs. 2 geltenden Grundsatz der Untheilbarkeit des Geständnisses zu geben habe; die Frage, wie nach Aufstellung des entgegengesetzten Grundsatzes der Trennbarkeit des qualificirten Geständnisses die Beweislast hinsichtlich der dem Geständnisse beigefügten Beschränkungen zu regeln wäre: — wurde von dem einen der fraglichen Aufsätze (jenem von Wolff) wiederholt ausdrücklich von der Erörterung ausgeschlossen, von den beiden andern nur nebenbei, und theilweise unter sich nicht übereinstimmend berührt *), so daß man selbst in diesen Aufsätzen keine so bestimmte Grundlage für die Theorie, wie sie in dem erwähnten Aufsatz

Annalen XXIII. S. 226 ff.

dem §. 401 der Pr.O. unterlegt werden will, gewonnen hätte.

Es ist aber hiebei nicht zu übersehen, daß die fraglichen Motive selbst nur als Privatarbeit des einzelnen Mitgliedes der Gesetzgebungscommission Freiherr v. Weiler erscheinen, und keiner Berathung der Commission unterzogen waren, wie dies in der Vorrede der Motive, sowie in dem Berichte der Gesetzgebungscommission vom 15. November 1830,

s. das cit. Archiv Bd. II. S. 61,

ausdrücklich bemerkt wird. Da nun, wie die Motive zu §. 401 selbst sagen, in der Commission die Ansichten

---

*) Duttlinger berührt Fälle des sog. indirekten Läugnens, sodann der exc. non adimpleti contractus. a. a. O. S. 192. 185.

v. Kettenacker führt auch die Fälle der Behauptung eines bedingten Vertragsabschlusses u. dgl. an, a. a. O. S.S. 597 und 603, aber mehr zu dem Zweck, um sodann S. 603 u. 605 den Satz aufzustellen, daß eben unter der Herrschaft des L.R.S. 1356 Abs. 3 keine Limitation, wie dieselbe auch immer geartet sein möge, von dem Geständnisse zum Nachtheil dessen, der dieses abgelegt hat, getrennt werden dürfe; und er fügt S. 608 §. 9 und Note 23 bei, daß, sobald man von der Vorschrift solcher Untrennbarkeit absehe, auch nach gemeinem Recht nur Kontroversen über die Behandlung der fraglichen Limitationen bestünden.

Die Einwendung des Zwangs, Betrugs und dergl. behandelt Duttlinger als eigentliche Einrede S. 191. 386; v. Kettenacker scheint dieselbe mehr als Abläugnen des Klaggrundes aufzufassen. S. 616 ff.

Digitized by Google

in dieser Lehre getheilt waren, und keineswegs gesagt wird, daß die Commission sich dessenungeachtet gerade über die Regelung der Beweislast auf eine festbezeichnete Theorie vereinigt hätte: so muß man wohl annehmen, daß diese Frage gerade so wie der Text des §. 401 sie hinstellt, als eine offene der näheren Ausführung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach den Lehren der Wissenschaft überlassen werden sollte. Wäre aber im Gegentheil die Sanktionirung einer bestimmten Theorie hierüber beabsichtigt gewesen, so hätte man wohl von einer nur irgend sorgfältigen Gesetzgebung eine unmittelbarere und genauere Feststellung darüber erwarten müssen, als dies hier der Fall wäre.*)

Wenn Dutlinger, auch Mitglied der Gesetzgebungscommission, im cit. Archiv die Bestimmungen des Paragraphen 401 des Prozeß-Ordnungs-Entwurfs von 1830 als eine Bestätigung seiner in dem vorgedachten Aufsatz im Bd. I. des Archives niedergelegten Ansicht betrachtet, so kann sich dies ganz wohl nur auf die dort von ihm aufgestellten Punkte beziehen, daß das Geständniß trennbar, und daß jedenfalls selbstständige Vertheidigungsgründe des Beklagten nicht unter der Untheilbarkeit des L.R.S. 1356 Abs. 3 zu begreifen seien, ohne daß Duttlinger behaupten will, es sei auch eine feste Theorie darüber aufgestellt, was als zum Klaggrund gehörig, und was als ein Läugnen desselben zu betrachten sei.*)

Das ebenfalls angerufene weitere Mitglied der Gesetzgebungscommission, Mittermaier, spricht an der angeführten Stelle

Archiv f. civ. Prax. Bd. XVI. S. 85–86

überhaupt nur davon, daß in Baden der Grundsatz der Trennbarkeit des Geständnisses gegenüber dem bis dahin bestandenen Grundsatze der Untheilbarkeit (L.R.S. 1356 Abs. 3) durchgedrungen sei, wodurch also für die jetzt vorliegende Frage nichts entschieden ist.

Daß endlich durch die blose Anführung in den Motiven zu §. 401, daß man die frühere gemeinrechtliche Auslegung der Untheilbarkeit angenommen habe, kein fester Boden für die Behandlung der vorwürfigen Frage gewonnen wäre, — bedarf — abgesehen von der bereits bemerkten untergeordneten Bedeutung der Motive an sich, — keiner näheren Ausführung, da schon in den Aufsätzen, auf welche die Motive selbst hinweisen, das gemeine Recht in dieser Lehre als controvers bezeichnet ist, wie denn die dort hauptsächlich angerufenen

Weber Verbindl. z. Beweisf.

Gönner Hdb. d. g. Proz. Bd. II. S. 386, 387 ff.

die unter sich nicht in allen Punkten übereinstimmen, ihrerseits andere Rechtslehrer Klaproth, Graffen, Sibert als ganz oder theilweis abweichender Ansicht anführen, dies namentlich auch bei

Gesterding im Arch. f. civ. Prax. Bd. II. S. 217 ff.

der Fall war, und ein Blick in die Literatur dieser Frage darthut, wie bestritten auch im gemeinen Recht die Frage von jeher war und noch ist,

man vrgl. Bayer Vorträge über Proz. §. 228 S. 740 ff.

v. Holzschuher, Theorie 2c. 2c. des Civ.R. Bd. III. §. 227 Z. 20 S. 206–209.

Nach Allem diesem erscheint es nicht gerechtfertigt, dem §. 401 der Pr.O. von 1831 hinsichtlich der Frage, Was zu dem thatsächlichen Grunde der Klage u. s. w.

---

*) Der bei großh. Oberhofgerichte vorliegende schriftliche Entwurf der Motive zur Prozeßordnung, verfaßt von dem Freiherrn von Weiler, lautet auf Seite 41 zu §. 401 etwas anders als in den zum Druck gekommenen Motiven, nämlich dahin:

„Was die Motive zu §. 401 hinsichtlich des beschränkten Geständnisses betrifft, so werden sie vor der Zeit umgangen, weil die Ansichten der Commission hierüber noch nicht ganz fest sind, und der Nachsatz, womit der L.R.S. 1356 aufgehoben wird, bei der letzten Revision gestrichen, dennoch aber aus Versehen im Drucke beigefügt wurde. Die verschiedenen Aufsätze im 1. und 4. Hefte des Archivs für badische Rechtspflege enthalten die Gründe und Gegengründe über diese Materie, und die definitive Redaktion ist daher nach eingelangter Begutachtung noch vorbehalten."

Wäre nun nach der hier angedeuteten Ansicht in sehr eigener Weise die Vorschrift des Abs. 3 des L.R.S. 1356 neben dem Absatz 1 des §. 401 der Pr.O. aufrecht erhalten worden, so könnte allerdings Grund sein, den allgemein gehaltenen Ausdrücken des Abs. 1 des §. 401 einen beschränkteren Sinn zu Gunsten des Gestehenden zu unterlegen (capita connexa); allein nachdem nun der L.R.S. 1356 Abs. 3 ausdrücklich aufgehoben ist, so liegt in dem Gesetze selbst keinerlei Halt mehr dafür, um eine festbestimmte Theorie zu unterstellen, wornach zu Gunsten des Eingestehenden hinsichtlich der von ihm beigesetzten Beschränkungen etwas als Ablaugnen des Klaggrundes (Einredegrundes 2c.) zu behandeln wäre, wenn es auch diesen Charakter nach den Ergebnissen der Wissenschaft und nach allg. Rechtsgrundsätzen nicht hätte.

*) Unter Bezug auf die voranstehende Note ist darauf hinzuweisen, daß Duttlinger a. a. O. in seinem wörtlichen Citat des §. 401 den jetzigen Absatz 2 desselben, worin die Aufhebung des L.R.S. 1356 Abs. 3 ausgesprochen wird, nicht anführt.

Digitized by Google

gehöre, und Was daher als bloses Abläugnen dieses Klaggrundes 2c. 2c. zu betrachten sei, — eine festbestimmte Theorie dieses oder jenes Schriftstellers zu unterstellen, sondern es ist jene Frage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und zwar nicht nur des Prozeßrechts, sondern hauptsächlich auch des Civilrechts — an der Hand der Wissenschaft — zu beantworten.

§. 2.

Es mag vorausgeschickt werden, daß die gegnerische Ansicht jetzt nicht mehr in dem vollem Umfang, wie sie von

Weber über Verbindl. z. Beweisf. §. 42 ff. S. 224 ff.

aufgestellt war, festgehalten wird, indem nach Weber in allen Fällen, wo der auf ein Vertragsverhältniß im Allgemeinen gebauten Klage von dem Beklagten entgegengehalten wird, daß dem Vertrage gleich Anfangs *) eine Bedingung, eine Zeitbestimmung oder andere Modalität beigefügt worden sei, — nun der Kläger den unbedingten, unbetagten u. s. w. Abschluß des Vertrages zu beweisen haben sollte. Schon Gönner

Hdb. d. d. gem. Civ.Proz. Bd. II. S. 401. 386

und der dort cit. Groffen, und ebenso

Heffter zu Weber über Verbindl. 2c. 2c. Zusätze S. 295—296

nehmen die Behauptung einer Resolutivbedingung, und

Brackenhöft im Archiv f. civ. Pr. Bd. XXII. S. 220 ff. 232,

Linde's Zeitschr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. XIII. (1856) S. 171—177 (Reinhold),

Wetzell Civ.Proz. §. 19 S. 153 u. s. w.

auch die Behauptung einer Zeitbestimmung (dies ad quem und die Letzten auch eines dies ad quo) von der Weber'schen Lehre aus und legen darüber als über eine Einrede dem Beklagten den Beweis auf, welcher Ansicht auch

v. Bayer Vortr. über Civ.Pr. (8. Ausg.) §. 228 S. 739 vgl. mit S. 736—737,

sich anzuschließen scheint, indem er nur bei der Behauptung einer Suspensivbedingung oder anderen Modifikationen, durch welche angeblich die Perfektion des Vertrages in Frage gestellt werde, die Weber'sche Theorie zur Anwendung bringt.

Es bedarf dabei keiner eingehenden Erörterung über die Fälle, wo die Beanstandungen des Beklagten sich auf die s. g. Voraussetzungen der Giltigkeit eines Vertragsabschlusses beziehen, wo nämlich Mängel in der Person der Kontrahenten, wie Wahnsinn, Minderjährigkeit u. dgl., oder Mängel der Freiheit der Willensbestimmung, wie Zwang, Betrug u. dgl. behauptet werden. Denn wenn gleich das Entferntsein solcher Mängel zur giltigen Entstehung eines Vertragsrechtes nöthig ist, so wird doch auf Grund der desfallsigen mehrfachen ausdrücklichen Gesetzesstellen (bei uns auch der L.R.S.S. 1115. 1116. 1116a u. L.R.S. 1125 u. s. w.) allgemein anerkannt, daß es für den Klagvortrag genügt, wenn darin einfach die Thatsache der stattgehabten übereinstimmenden Willenserklärung der Kontrahenten angeführt wird, und daß es Sache des Beklagten ist, der eine Beanstandung obiger Art erheben will, entgegenstehende Umstände, Wahnsinn, Minderjährigkeit, Zwang u. dgl. als Hinderungsgründe der giltigen Entstehung des Rechtsgeschäftes im Wege der Einrede vorzubringen. Ebendies gilt bei der Einrede der Simulation u. dgl.

Weber über Verb. z. Beweisf. §. 18 S. 168 und Heffter Zusätze dazu S. 266 ff.

Gönner a. a. O. Bd. II. S. 398—399.

Linde's Zeitschr. 2c. 2c. Bd. XIII. S. 162 ff.

v. Savigny, Syst. d. heut. r. Rechts Bd. V. §. 225 S. 154—155.

Der Streit hinsichtlich des qualificirten Geständnisses beschränkt sich vielmehr auf die Fälle, wo die Parteien darüber uneins sind, was für Bestimmungen in dem Vertrag festgesetzt worden seien, also richtig aufgefaßt, wo sie über den Vertragsinhalt uneins sind.

Um nun über die Frage, wie viele thatsächliche Momente hinsichtlich des Vertragsinhaltes behufs der Begründung einer Klage angeführt werden müssen, — zu

---

*) Wenn Beklagter behauptet, daß eine solche Bedingung erst nach dem ursprünglichen Vertragsschluß verabredet worden sei, trifft den Beklagten die Beweislast auch schon aus dem Grunde, weil derjenige, welcher die Abänderung eines einmal eingetretenen Rechtsverhältnisses behauptet, hiefür beweispflichtig ist, wie auch von

Weber, Verbindl. z. Beweisf. VI. §. 42 S. 224 und

Heffter, in den Zusätzen dazu S. 276 Ziff. 3 und

v. Bayer, Vortr. über d. Civ.Pr. §. 228

angenommen wird.

Es bedarf sodann kaum der Erwähnung, daß indirektes Läugnen, wenn z. B. der Beklagte den Empfang von 100 fl. zwar zugesteht, aber nicht als Darleihen, wie es eingeklagt ist, sondern als Geschenk, — dem direkten Läugnen des Titels des Darleihens — gleichsteht.

Digitized by Google

einer richtigen Beurtheilung zu gelangen, ist es vor Allem nöthig, gewisse unrichtige Grundanschauungen, die hin und wieder mehr oder weniger offen vorkommen, ferne zu halten, da man von denselben aus auf unrichtige Folgerungen geleitet werden muß. Eine solche unrichtige Anschauung ist es:

A. wenn man annimmt, daß der Klagvortrag auf das (wirkliche) Dasein des Rechtsverhältnisses an sich, welches erforderlich ist, damit der Klaganspruch als begründet erscheine, gerichtet sein müßte, während es nach richtiger Ansicht genügt, daß in der Klage Thatsachen angeführt werden, aus welchen der Richter auf die Entstehung eines solchen Rechtsverhältnisses schließen kann; und ebenso

B. wenn man Dasjenige, was nöthig erscheint, damit dem Kläger das in Anspruch genommene Recht schließlich zuerkannt werden könne, verwechselt mit den Erfordernissen, welche zu dem Klagvortrag gehören, während doch bekanntermaaßen Manches, was zu dem schlüßlichen Zuerkennen des Klaganspruches nöthig fällt, nicht schon in dem Klagvortrag vorzukommen braucht, und oft dort noch nicht vorkommen kann.

Die zu A. zurückgewiesene Anschauung mag im älteren römischen Recht einige Geltung gehabt haben *), von den neueren Rechtslehrern ist dieselbe so ziemlich verlassen und hat ziemlich allgemein der Ansicht Platz gemacht, daß die Klage nur Thatsachen anzuführen brauche,

m. vrgl. Savigny, System zc. Bd. V. §. 225 S. 155 ff.,
Weber, a. a. O. VI. §. 18 S. 168 ff., und Zusätze dazu von
Heffter, S. 275 ff.,
v. Bayer, Vortr. zc. §. 227 S. 729 zu I. und II.,
Dr. A. Ch. J. Schmid, Handb. des gem. deutsch. Civ.Proz. Theil II. §. 95 S. 4. 5. und 10.

Nur Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile d. Civil.Proz. S. 321 ff.,

hat jene ältere Anschauung, wenigstens im Prinzip nach, vorangestellt; jedoch dürfte jene Anschauung noch in verdeckter Weise bei anderen Theorien, und bei der Behandlung mancher Punkte zu Grunde liegen. *)

Die Unrichtigkeit jener Anschauung ergibt sich unzweifelhaft bei den eben vorausgeschickten Fällen, wo es sich um Mängel in den sog. Voraussetzungen der Giltigkeit der Entstehung des Rechtes handelt. Es würde nahe liegen, dort das (rechtliche) Dasein, beziehungsweise die giltige Entstehung des Rechtes als einen Bestandtheil des Klaggrundes, welchen also der Kläger zu beweisen hätte, zu behandeln: es ist dies aber, wie bemerkt, nach ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen nicht der Fall, sondern es genügt, für die Klage, daß sie allgemeine thatsächliche Momente anführt, nach welchen nach dem regelmäßigen Gang der Dinge das in Frage stehende Recht entstanden sein könnte.

---

*) Die confessio in jure des röm. Rechts war nicht die Einräumung von Thatsachen, sondern die Anerkennung des Rechtsverhältnisses; und von Savigny Syst. zc. Bd. V. §. 225 S. 155—156 bemerkt, daß im älteren röm. Recht die Vertheidigung des Beklagten mehr nur auf die Frage des Daseins, beziehungsweise Nichtdaseins des eingeklagten Rechtsverhältnisses gerichtet gewesen sei; wie selbst die Eideszuschiebung sich auf das Dasein der Rechtsverhältnisse selbst, und nicht auf die denselben zur Grundlage dienenden Thatsachen bezogen habe; während aber, wie von Savigny dann hinzugefügt, im heutigen Recht die Klage sowie die Beantwortung nur auf die Thatsachen geht, woraus die Rechtsverhältnisse entspringen.

*) Bethmann-Hollweg a. a. O. nachdem er das Dasein des Rechtsverhältnisses als Grundlage der Klage vorangestellt hat, bemerkt aber sofort selbst, daß das Dasein eines Rechtsverhältnisses eine ideelle, unsichtbare Thatsache sei, und nur ein indirekter Beweis darüber durch Schlußfolgerungen aus den Thatsachen der Entstehung des Rechtes möglich sei, wie denn derselbe hinsichtlich des aufgestellten Prinzipes auch von

Linde in Linde's zc. Zeitschrift f. Civ.R. und Proz. Bd. I. (1828) S. 147 ff. und ebendaselbst n. F. Bd. XIII. (1856) S. 33 ff. von Reinhold

widerlegt ist.

Die Theorie von Brackenhöft „über das qualificirte Geständniß"

im Arch. für civ. Prax. Bd. XXII. (1839) S. 126 ff. und 212 ff.,

wornach derselbe im Gegensatz der natürlichen Thatsachen an sich die juristische Qualifikation derselben oder das juristische Faktum, wie er es nennt, als maaßgebend hervorhebt, kommt so ziemlich auf dasselbe heraus, als wenn man das Dasein des Rechtsverhältnisses an sich, in Unterscheidung von den Thatsachen, aus welchen es entspringt, besonders in Betracht ziehen will, und es stehen auch seinen öfters sehr künstlichen Deduktionen dieselben Gründe entgegen, wie der letzteren Theorie.

Digitized by Google

Ein positiver Anhaltspunkt ist zwar hiemit für die zu B. angedeutete Frage, wie viel Thatsächliches zum Klaggrunde gehöre, noch nicht gewonnen. Es dürften aber hiezu einige theilweis aus den Regeln der Logik entlehnte Sätze beitragen.

Ein Vertrag, z. B. ein Kaufvertrag kann auf verschiedenerlei Weise abgeschlossen werden, unter einer Bedingung, Zeitbestimmung, unter Zusicherung gewisser Eigenschaften des Kaufobjectes u. drgl., oder ohne dergleichen besondere Bestimmungen. Der Kaufvertrag, bei welchem solche besondere Bestimmungen vorkommen, bildet eine besondere Unterart des Kaufvertrags überhaupt, und letzterer bildet den Gattungsbegriff. Eben wegen dieses Unterordnungsverhältnisses dieser beiden Begriffe bildet die Unterart nicht einen Gegensatz zu der Gattung, und wäre es unlogisch, zu sagen: ich läugne, daß ein Kaufvertrag stattgehabt hat, und behaupte, daß nur ein bedingter Kaufvertrag stattgehabt hat; denn ein bedingter Kaufvertrag ist deßhalb doch immer auch noch ein Kaufvertrag. Das Unterscheidende für den einfachen Kaufvertrag ist aber, daß weniger Merkmale zu seinem Begriff gehören, als zu dem Begriff einer besondern Unterart desselben, z. B. zum Begriff des bedingten Kaufvertrages, bei welchem vielmehr noch weitere Merkmale zu denen, welche zu jedem Kaufvertrag überhaupt gehören, hinzutreten müssen, um eben dadurch die besondere Unterart zu begründen. *)

Unzweifelhaft ist aber nun auch ein einfacher Kaufvertrag, nämlich ein solcher, bei welchem keinerlei über die essentialia des Vertrags hinausgehende besondere Bestimmungen vorkommen, ein klagbares Rechtsgeschäft; und es ist deßhalb nicht abzusehen, warum es für die Erhebung einer Klage nicht genügen sollte, wenn darin so viel Thatsächliches angeführt ist, daß daraus sich einfach die Abschließung eines Kaufvertrages entnehmen läßt. Wenn dann der Beklagte behauptet, daß ein bedingter Kaufvertrag abgeschlossen worden sei, so liegt darin nicht ein Abläugnen jener Thatsachen der Klage, wornach sich überhaupt der Abschluß eines Kaufvertrages darstellt, sondern es liegt darin die Behauptung, daß außer jenen thatsächlichen Momenten, wie sie zu jedem Kaufvertrag gehören, zugleich noch weitere thatsächliche Momente vorliegen, nach welchen eine besondere Art des Kaufvertrags, nämlich ein bedingter etc. Kaufvertrag anzunehmen sei. Es erscheinen also die deßfallsigen Angaben des Beklagten als eigene Angaben desselben, und nicht als ein bloses Abläugnen des Klaggrundes.

v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §. 225 S. 154 bis 155,

zählt ausdrücklich unter den von dem Beklagten zu beweisenden Beanstandungen, auch die Behauptung desselben, daß ein von ihm im Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt, oder daß es alternativ gewesen sei.

Diese Auffassung trifft auch mit der anderwärts gegebenen Darstellung zusammen, wornach es genüge, wenn in der Klage so viel Thatsächliches angeführt werde, als in Vergleichung mit der allgemeinen Rechtsregel geeignet ist, um ein Vertragsverhältniß, wie es zur Rechtfertigung, des Klaganspruches erforderlich ist, — oder wie man es auch ausdrückt, um eine rechtserzeugende Thatsache, caussa efficiens, zu begründen; und wenn der Beklagte ein solches Rechtsverhältniß, wie es sich aus den Klagthatsachen ergeben würde, ohne diese letzteren an sich als unrichtig bezeichnen zu können, von sich abwenden wolle, es seine Sache sei, andere Thatsachen vorzubringen, durch welche in Anwendung des Gesetzes die aus den Thatsachen der Klage zu ziehende Schlußfolgerung ausgeschlossen oder beschränkt werde. *) Solch' eine andere that-

---

*) Es werden hiedurch die Unterstellungen widerlegt, wodurch ein bedingter Kaufvertrag als Gegensatz des Kaufvertrages an sich, und als ein den Begriff des letzteren ausschließendes (läugnendes) Geschäft hingestellt werden will, wie von

Reinhold, v. Einreden u. d. Beweislast in der Zeitschrift v. Linde etc. für Civ.R. und Proz. n. F. Bd. XIII. S. 34,
Bulgiaro, qual. Gest. ebenda Bd. XVI. S. 71 ff. und den dort cit. von
Seuffert, Comm. über bair. G.O. Thl. III. S. 52 und
Auss. im Arch. für prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus etc.) Bd. VIII. S. 157—158.

*) Im Resultat trifft hiemit auch jene Ansicht zusammen, welche die Erfordernisse des Klagvortrags als formellen Klaggrund, und die Erfordernisse, welche zur Durchführung des Klaganspruchs gehören, den materiellen Klaggrund nennt, wie

Burchardi im Arch. für civ. Praxis Bd. XVIII. S. 208,

oder wie im Archiv f. prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus etc.) Bd. VIII. (1860) S. 208 gesagt wird, die Erfordernisse des Klaggrundes nach prozessualischem und nach civilrechtlichem Standpunkt unterscheidet; — obwohl diese Bezeichnungen nicht als

Digitized by Google

sächliche Grundlage erbringt dann der Beklagte dem Richter durch die Behauptung, daß bei dem an und für sich stattgehabten Vertragsabschluß die und die bestimmte Bedingung, Zeitbestimmung u. drgl. beigefügt worden sei.

M. vrgl. auch die Ausführung in Linde's 2c. Zeitsch. für Civ.R. und Proz. n. F. Bd. XII. S. 25—26 und 20—21 (Reinhold).*)

Aus Obigem ergibt sich zugleich, daß es ohne rechtliche Relevanz wäre, wenn der Beklagte blos negativ im Allgemeinen erklären wollte, er erkenne nicht das Bestehen eines unbedingten Vertragsverhältnisses an: er muß vielmehr die bestimmte, positive, thatsächliche Grundlage vorbringen, aus welcher hervorgeht, daß die aus der Klagthatsache zu ziehende Schlußfolgerung beschränkt, oder ausgeschlossen worden sei.**) Es verhält sich damit ähnlich wie da, wo es sich um Voraussetzungen der Giltigkeit des Vertragsabschlusses handelt; es würde dabei nicht genügen, wenn der Beklagte blos sagen wollte, er erkenne den Vertrag nicht als rechtsgiltig abgeschlossen an, sondern er muß desfallsige Hinderungsgründe, wie Unmündigkeit, Entmündigung des einen Kontrahenten, den vorgekommenen Zwang, Betrug u. dgl. positiv und bestimmt anführen, damit sein Vorbringen rechtliche Bedeutung habe. Es muß aus dem bestimmten Vorbringen des Beklagten ohnehin auch hervorgehen, daß es sich um eine solche Zeitbestimmung oder um eine solche Bedingung u. dgl. handle, die nach dem Stand der Dinge auf den Ausgang des anhängig gemachten Rechtsstreites von Einfluß sein kann. Denn wie auch in

Weber Verbindl. z. Beweisf. in den Zusätzen von Heffter S. 276, und

Gesterding im Archiv f. civ. Prax. Bd. II. S. 226,

angedeutet ist, kann es unter Umständen für den Richter ohne Erheblichkeit bleiben, ob bei einem eingeklagten Vertrage überhaupt auch Bedingungen, Zeitbestimmungen u. dgl. festgesetzt gewesen seien oder nicht, da ja möglicherweise die festgesetzten Bedingungen erfüllt, die bedungenen Termine umlaufen sein können, und also gar keinen Gegenstand des Streites der Parteien bilden. Die Frage über bedingten oder unbedingten Abschluß des Vertrags u. dgl. wird für den Richter vielmehr erst von Erheblichkeit, wenn eine der Parteien eine bestimmte Bedingung, Zeitbestimmung u. dgl. behauptet, und darauf rechtliche Anträge baut.*)

Nach dem Ebengesagten ist es auch nicht zu verkennen, daß Vorbringen der bemerkten Art einen eigenen Vertheidigungsgrund mit eigener thatsächlicher Grundlage, und mit daran geknüpftem Begehren und so weiter bilden, ja ein solches Vorbringen des Beklagten, wie bereits weiter vornen bemerkt wurde, bei den Römern als das Vertheidigungsmittel der exc. pacti, oder doli aufgefaßt wurde; und nach den für den Fall des Vorliegens eines solchen eigenen Vertheidigungsgrundes allgemein und so auch von

Heffter zu Weber Verbindl. über Beweisf. Zusätze S. 267—268

aufgestellten Grundsätzen müßte auch aus diesem Grunde dem Beklagten die Beweispflicht zugewiesen werden.**)

---

gerechtfertigt erscheinen. M. s. Schmid, Handb. d. Proz. Bd. II. §. 95 Note 2 S. 5.

*) Im Archiv f. pr. Rechtsw. (von Dr. Emminghaus 2c) Bd. VIII. S. 162 ist gezeigt, daß das röm. Recht derartige, vom Kläger in seinem Klagvortrag übergangene und vom Bekl. erst zu seiner Vertheidigung wider den Kläger. Anspruch geltend gemachte vertragsmäßige Bestimmungen unter dem Gesichtspunkte einer exc. pacti oder doli auffaßet, — und daß daher auch nach dieser Auffassung der Beklagte beweispflichtig sei.

**) Man vrgl. auch Archiv für praktische Rechtsw. Bd. VIII. (1860) S. 164.

*) Dabei wird es, um die Klage als zur Zeit abweisbar darzustellen, genügen, wenn der Beklagte darthut, daß die fragliche Suspentivbedingung 2c. dem Vertrag beigefügt worden ist, und Sache des Klägers würde es sein, zur Beseitigung dieser Einwendung und zur Aufrechthaltung seines Klagbegehrens zu behaupten und zu beweisen, daß die im Vertrag vorgesehene Bedingung, Zeitbestimmung, bereits eingetreten sei.

M. vrgl. auch Erk. des O.A.G. in München von 1859, mitgetheilt im Archiv f. prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus 2c.) Bd. VIII. (1860) S. 167.

Unrichtig ist es aber, daß der Kläger diese Behauptung des Eintritts der Bedingung nothwendig schon in der Klage vorbringen müsse, wie

Schönemann in der Zeitschrift von Linde 2c. für Civ.R. u. Proz. Bd. XIX. S. 272 ff.

annimt. Man vrgl. darüber unten, die Ausführung über die Exc. non adimpl. contr. am Schluß des gegenwärtigen Aufsatzes.

**) Bei der hier vertheidigten Auffassung fällt auch das Zwangsmittel weg, welches die Anhänger der entgegengesetzten Theorie anwenden, um derartige Vorbringen des Beklagten als bloses Abläugnen des Klaggrundes darstellen zu können, nämlich das Mittel, daß man dem Kläger unterschiebt, als habe er einen unbedingten, unbetagten 2c. 2c. Vertragsabschluß, überhaupt bereits das Gegen-

Digitized by Google

§. 3.

Die bisher entwickelten Grundsätze kommen nun auch auf die Fälle, wo der Beklagte behauptet, daß dem eingeklagten Vertrage eine Suspensivbedingung beigefügt worden sei, zur Anwendung. Bekanntlich will

v. Bayer Vortr. über d. Civ.Pr. §. 228. S. 739

und andere bereits erwähnte Rechtslehrer in diesen Fällen dem Kläger den Beweis des Gegentheils von dem, was der Beklagte behauptet, aus dem Grunde auflegen, weil durch eine derartige Behauptung des Beklagten beabredet werde, daß überhaupt ein fest abgeschlossenes (perfektes) Rechtsgeschäft vorliege. Es wird dabei offenbar der römische Begriff von Perfection des Vertrages kurzweg in das neuere Recht herübergetragen, und dabei die Perfektion auch nach dem Begriff des röm. Rechts unrichtig mit der vorwürfigen Frage in Verbindung gebracht. Die Perfektion des Vertrages ist nämlich auch nach röm. Recht keineswegs identisch mit dem rechtsgiltigen Abschluß eines Vertrages, auf welch' letzteren Punkt es doch bei vorwürfiger Frage allein ankommt. Es ist jene Anschauung des röm. Rechts neuerlich von

Schönemann über das Wesen der suspensivbedingten Rechtsgeschäfte, in Linde's rc. rc. Zeitschr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. XIX. (1862) S. 1—54, u. S. 266—272 ff.; und von

Dr. Kuntze in der Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. im K. Sachsen (v. Tauchnitz) Bd. XI. (1853) S. 208—259 über die Beweislast bei behaupteter Suspensivbedingung,

gegen die Aufsätze entgegengesetzter Richtung in Bd. IX. S. 24 ff. u. Bd. X. S. 306 ff. jener Zeitschrift, — ausführlich nachgewiesen worden. Es ist namentlich im letzteren Aufsatz darauf hingewiesen, daß die Römer einen unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Vertrag pendente conditione schon aus dem Grunde als nicht perfekt betrachteten, weil bis dahin die durch den Vertrag bezweckte Rechtswirkung, die obligatio, noch nicht wirklich existent geworden war, und daß man also aus jenem Ausdruck nicht folgern darf, daß sie auch den Vertrag nicht als giltig abgeschlossen erachtet hätten, indem sich vielmehr das Gegentheil aus vielen Gesetzesstellen und aus der Natur der Sache ergebe. *) Wenn die Eigenschaft der Perfektion im röm. Sinne erst in dem vorgerückteren Stadium, wo die Bedingung bereits sich erfüllt hat, und die Rechtswirkung, obligatio, bereits eingetreten ist, dem Vertrag beigelegt werde; so beginne aber die rechtsverbindliche Kraft der Vereinbarung schon mit dem Zeitpunkt, wo sich die Kontrahenten durch ihre Willenserklärung über die wesentlichen Punkte in bindender Absicht geeinigt haben, also schon pendente conditione, weil es für die Rechtsgiltigkeit des Vertragsschlusses genüge, daß die Möglichkeit vorhanden sei, daß eine Rechtswirkung, obligatio, aus dem Vertrag hervorgehe.

Nach französ. Rechte beziehungsweise nach dem Landrechte kann es noch weniger einem Zweifel unterliegen, daß eine, wenn auch unter einer Suspensivbedingung ab-

---

theil der von dem Beklagten in der Vernehmlassung vorgebrachten besonderen Vertragsbestimmung behauptet. Eine solche Manipulation läßt sich aber nur erklären, wenn man von der bereits oben zurückgewiesenen Theorie ausgeht, daß der Klagvortrag auf das Dasein des Rechtsverhältnisses gerichtet sein müsse, und daß zum Klaggrund schon Alles gehöre, was nöthig ist, damit der Klaganspruch schließlich zuerkannt werden kann. Jenes Mittel enthält auch oft geradezu eine Fiktion, nämlich in den Fällen, wo der Beklagte Bedingungen behauptet, die der Kläger nicht geahnt hatte.

Und wenn das Princip richtig wäre, warum sollte dann auch nicht da, wo es sich um Voraussetzungen der Giltigkeit des Vertrages handelt, bei desfallsigen Beanstandungen des Beklagten dem Kläger unterschoben werden, als habe er die Rechts- und Dispositionsfähigkeit der Kontrahenten, die Freiwilligkeit der Willenserklärung derselben, kurz den rechtsgiltigen Abschluß des Vertrages behauptet; da diese Unterschiebung doch hier noch viel naher liegen würde! Die ausdrücklichen Gesetzesstellen widersetzen sich hier jener Manipulation; sie deuten aber auch im Allgemeinen die Unrichtigkeit des Princips an, auf welchem die Manipulation beruht.

Ohnehin würde auch gegen die allgemeine Klagbehauptung des unbedingten, unbetagten rc. rc. Vertragsschlusses die reine Negation nur, ebenso allgemein gehalten, dahin gehen: der Vertragsabschluß sei nicht unbedingt, nicht unbetagt rc. rc. geschehen. Die Aufstellung einer bestimmten, speziellen Bedingung, Zeitfrist u. dgl. würde über die Grenzen einer reinen Negation, eines bloßen Abläugnens hinaus in das Gebiet eigener Behauptungen des Beklagten hinüber gehen. Es ist aber bereits gezeigt, daß nur das Vorbringen bestimmter, spezieller Bedingungen u. s. w. von rechtlicher Erheblichkeit sein könne, keineswegs die blos allgemein hingeworfene Einwendung, es sei nicht unbedingt, nicht unbetagt rc. rc. kontrahirt worden. Es ist also eigentlich auch mit jener Manipulation für den Beklagten nicht viel gewonnen, wie sich auch wieder bei den Erörterungen über die Art, wie die Beweisführung geschehen soll, zeigen wird.

*) Aehnliche Ausführung im Arch. f. prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus rc.) Bd. VIII. (1860) S. 155 ff. Man vergl. insbes. L. 42 pr. Dig. de O. et cr. (44. 7). L. 26 Dig. de stip. serv. (45. 3), L. 78 pr. Dig. de verb. oblig. (45. 1).

Digitized by Google

geschlossene Vereinbarung sofort rechtsgiltig sei. Es ergibt sich dies schon aus dem Wortlaut des L.R.S. 1584 Abs. 1 und insbesondere des L.R.S. 1181 (2. Satz). Es ergibt sich dies auch daraus, daß auch von einem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäft kein Theil mehr einseitig zurücktreten kann; daß kein Theil die Erfüllung der Bedingung hindern darf (L.R.S. 1178), und daß derjenige Theil, welcher unter der Bedingung ein Recht erwerben soll, schon ehe diese sich erfüllt, die zur Bewahrung seines Rechtes geeigneten Vorkehrungen treffen kann (L.R.S. 1180) und die aus dem Rechtsgeschäft entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten — obwohl auf jenes Ereigniß bedingt — schon vor dem Eintritt des letzteren auf die Erben der Kontrahenten transmittirt werden. Man muß daher im Gegentheil sagen, daß auch ein Rechtsgeschäft, bei welchem eine Leistung auf eine Suspensivbedingung ausgesetzt ist, sogleich von Anfang an ein fest abgeschlossenes, beide Theile fest bindendes Rechtsgeschäft bildet, und nur das Besondere hinsichtlich der Willensbestimmung der Kontrahenten enthält, daß diese nicht unmittelbar blos von sich aus die Disposition über den Vertragsgegenstand getroffen, sondern beiderseits ihren Willen dahin gebunden haben, daß der Ausfall jenes ungewissen Ereignisses den Ausschlag darüber geben soll, ob die in der Vertragsverabredung vorgesehenen Rechte und Verbindlichkeiten in Wirksamkeit zu treten haben oder nicht.

Die Wirkung, daß jenes ungewisse Ereigniß, welches an und für sich für die Parteien gleichgiltig ist, nun für die Entstehung von Rechten und Verbindlichkeiten denselben maaßgebend sein soll, — beruht nur darauf, daß eben der eingegangene Vertrag sofort für die Parteien rechtsverbindlich geworden ist; sowie derselbe denn auch der Grund ist, warum bei dem Eintreten der Bedingung jene Rechte und Verbindlichkeiten wirksam werden, ohne daß es einer neuen rechtserzeugenden Ursache bedürfte. *)

Wenn hiernach die Beifügung einer Suspensivbedingung nicht bewirkt, daß die Rechtsgiltigkeit des Vertragsabschlusses noch aufgeschoben wird, so ist also auch bei einer deßfallsigen Behauptung des Beklagten nicht die Perfection des Vertrages (diese im Sinne des jetzigen Rechtes nach der Definition von Puchta, Pand. §. 254 — genommen) oder richtiger gesagt, es ist nicht die Rechtsgiltigkeit des Vertrages in Frage gestellt. Die Beifügung einer Suspensivbedingung würde vielmehr einen Bestandtheil des Inhaltes des Vertrages bilden, ebenso wie auch die Festsetzung einer Resolutivbedingung, oder eines dies, modus: wie auch

Dr. Kuntze, a. a. O.,
Zeitschrift f. Rechtspfl. u. Verw. im K. Sachsen Bd. XI. S. 238 §. 12 u. ff.

bemerkt, daß kein röm. Jurist sich diese Nebenbestimmung anders denn als eine im Rechtsgeschäft ausgesprochene, in die lex contractus aufgenommene Modalität des bezweckten Rechtsverhältnisses, der obligatio (zum Unterschiede von dem Vertragsschluß) gedacht habe.

Es würde hiernach der Beklagte durch die Behauptung der Festsetzung einer Suspensivbedingung auch wieder nur behaupten, daß der Vertrag noch einen weiteren Inhalt, als wie er in der Klage dargestellt ist, gehabt habe, und daß es sich deßhalb nicht um einen Kaufvertrag schlechthin, worauf die thatsächlichen Anführungen der Klage gehen, sondern um eine besondere Unterart dieses Vertrages, nämlich um einen bedingten Kaufvertrag handle.

(Forts. folgt.)

*) Wenn im Arch. f. prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus rc.) Bd. VIII. (1860) S. 160 ein Recensent von den wunderlichen Consequenzen spricht, zu welchen die Ansicht, daß die Bedingung nicht nur die Rechtswirkung, sondern das Geschäft suspendire, in der Anwendung führe; so ist wohl zu einer solchen Consequenz auch das zu rechnen, daß die Anhänger dieser Ansicht dahin kommen, bei einem unter einer Suspensivbedingung eingegangenen Vertrage einen zweifachen Vertrag, nämlich einen sog. bedingenden Nebenvertrag, und einen sog. bedingten Hauptvertrag zu unterstellen, wie

Hasse und Gülting (dieser in Linde's rc. Zeitschrift f. Civ.R. und Proz. n. F. Bd. I. S. 250 ff. und neuerlich Reinhold ebenda Bd. XIII. S. 171 ff.,
u. A. R. Schneider in der Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. im K. Sachsen Bd. IX. S. 24 ff. und Bd. X. S. 321 ff.,

eine Theorie, deren Unhaltbarkeit in letztgenannter Zeitschr. Bd. XIX. (1853) S. 244 ff. von Dr. Kuntze, und auch in der erstерwähnten Zeitschrift von Linde rc. Bd. XIX. (1862) S. 4 ff. von Schönemann nachgewiesen ist; sowie denn diese Theorie im direkten Widerspruch mit den L.R.S.S. 1584 und 1181 stehen würde.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 32.**

(Fortsetzung von Art. 101.)

Daß hierin kein einfaches Läugnen der Klagthatsachen, sondern die Aufstellung eigener Behauptungen von Seiten des Beklagten liege, darüber geben die oben aufgestellten allgemeinen Grundsätze den Nachweis; und es ergibt sich daraus auch, daß dem Beklagten die Pflicht zum Beweise solcher Behauptungen obliege.

Hiernach würde denn der Fall, wo der Beklagte die Beifügung einer Suspensivbedingung behauptet, die gleiche Behandlung finden, wie die Fälle, wo derselbe eine Resolutivbedingung, einen dies u. dgl. geltend macht, wie auch Weber von seinem oben bezeichneten, hier als unrichtig bekämpften Standpunkte aus konsequent alle diese Fälle unter denselben Grundsatz gestellt hatte, nämlich daß der Kläger die Unbedingtheit, Unbetagtheit 2c. 2c. des Vertrags beweisen müsse. *)

§. 4.

Wenn man nun zu der Vorschrift des §. 401 der Pr.O. von 1831 (jetzt §. 385) übergeht, so stellt derselbe für die einem Geständnisse beigefügten Beschränkungen die Unterscheidung auf, ob dieselben ein bloses Abläugnen eines Theiles der thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei enthalten, oder ob dies nicht der Fall ist. Nach dem Bisherigen kann es nun wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, daß das beklagtische Vorbringen der bemerkten Art nicht ein solches bloses Abläugnen der thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei, hier zunächst des Klägers enthalte; und daß dieses Vorbringen daher nicht zu jener Art von Beschränkungen des Geständnisses gehört, für welche Denjenigen, der sie vorbringt, hier den Beklagten, ausnahmsweise die Beweislast nicht treffen soll; sondern daß es vielmehr zu der andern Art von Beschränkungen zu zählen, für welche es bei der Regel bleibt, daß derjenige, der sie vorbringt, also hier der Beklagte, sie zu beweisen hat. Es ist hiefür auch ohne Erheblichkeit, wenn derartige Einwendungen des Beklagten nicht zu den eigentlichen römisch-rechtlichen Exceptionen, die auf dem Entgegensetzen der aequitas gegen das strictum jus beruhen, sondern zu den schon nach strengem Recht, ipso jure, wirkenden Vertheidigungsgründen und zwar zu den s. g. rechtshindernden Thatsachen (zur Unterscheidung von den erst nach dem Vertragsabschluß eingetretenen s. g. rechtsvernichtenden Thatsachen) zu zählen wären,

> man vgl. v. Savigny Syst. 2c. Bd. V. §. 225. 226. ff. S. 152 ff.,
> Wetzell, Civ.Proz. §. 17 S. 137 ff.
> Linde's Zeitschr. f. Civ.R. u. Proz. Bd. XIII. S. 25 ff. u. S. 35 §. 12,

oder daß sie von

> Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Th. des Civ.Proz. No. V. S. 331. 337 ff. und Dr. A. Th. J. Schmid, Hdb. des Civ.Proz. Bd. II. §. 97 S. 37—38,

als uneigentliche Einreden, und von

> Keller, Pand. §. 9 S. 181

zum Unterschied von den blosen (faktischen) Negationen „als juristische Negationen mit affir-

---

*) Auch die Annahme, daß durch die Festsetzung einer Suspensivbedingung die Perfection des Vertrages oder richtiger die Giltigkeit des Vertragschlusses in Frage gestellt werde, — ist übrigens noch kein Grund dafür, daß wenn die Thatsache der Festsetzung einer solchen Bedingung bestritten ist, nun nicht der Beklagte, der diese Thatsache behauptet, den Beweis derselben, sondern der Kläger den Beweis des Gegentheils zu führen habe. Auch der Thatumstand des Wahnsinns des Contrahenten, oder eines verübten Zwanges und dergl. macht den Vertragschluß ungiltig; dessenungeachtet muß, wenn dieser Thatumstand in Abrede gestellt wird, der Beklagte, welcher denselben behauptet, den Beweis darüber führen und keineswegs der Kläger den Beweis des Gegentheils, d. h. der Geistesfähigkeit des Contrahenten, oder der Freiheit seiner Willensentschließung. Es ist eine unstatthafte Petitio principii auf die blos einseitige, unerwiesene Behauptung der einen Partei die Beweislast kurzweg so zu normiren, als wenn der von dieser Partei behauptete Umstand schon wirklich vorhanden wäre.

Hierauf hat schon

> Gesterding im Arch. f. civ. Prax. Bd. II. (1819) S. 225, und neuerlich ein Rechtsspruch der jurist. Fak. zu Rostock v. 1846 mitgeth. im Arch. f. prakt. Rechtsw. (v. Dr. Emminghaus 2c.) Bd. VIII. (1860) S. 161—162,

hingewiesen.

Digitized by Google

mativer faktischer Grundlage" bezeichnet werden: indem die bemerkten beklagtischen Vorbringen nach allen diesen verschiedenen Bezeichnungen jedenfalls kein bloses Abläugnen von Klagthatsachen darstellen, wie es nöthig wäre, damit man hier in Anwendung des §. 401 (jetzt §. 385) der Pr.O. ausnahmsweise den Beklagten von der Beweispflicht über dieselben frei lassen könnte; wie denn auch die genannten Schriftsteller sämmtlich den Beklagten als beweispflichtig erklären. Aus demselben Grunde kommt es hiebei auch nicht wesentlich darauf an, ob unsere Prozeßordnung für die, einem Geständnisse als Beschränkungen beigefügten Zusätze nur entweder den Charakter einer Abläugnung oder einer Einrede (Replik u. s. w.) kenne; eben weil schon der negative Umstand — daß jene beklagtischen Vorbringen jedenfalls kein bloses Abläugnen sind, genügt, und schon darum der Beklagte beweispflichtig bleibt, ohne daß auch noch erforderlich wäre, positiv anzugeben, unter welche andere Kategorie von Parteiverträgen nun diese Vorbringen einzureihen wären. Uebrigens dürfte schon oben wiederholt angedeutet sein, daß diese Vorbringen, wenn es darauf ankäme, unter die Einreden, dieses Wort in dem umfassenden Begriff des neueren Rechtes genommen, einzureihen wären; wie dies auch von den oben bemerkten Schriftstellern in mehr oder minder entschiedener Weise geschieht. *)

§. 5.

Um nun die bisher ausgeführten Grundsätze auf die im Eingang dargestellten Rechtsfälle anzuwenden, so ergibt sich für den zweiten jener Rechtsfälle, nämlich In S. Ruf gegen Kornmaier, daß es nicht ein bloses Abläugnen des Vertragsschlusses, sondern eine eigene Behauptung des Beklagten war, wenn dieser vorbrachte, es sei verabredet worden, daß auch die Zustimmung seiner Ehefrau zu dem Vertrage erfolgen müsse; und daß also mit Recht in beiden betreffenden Instanzen der Beklagte als beweispflichtig erachtet, und also letztlich auf den von ihm dem Kläger zugeschobenen Haupteid erkannt wurde. Wenn in Folge einer Eidesverweigerung des Klägers jene Behauptung des Beklagten als erwiesen galt, so war davon die Abweisung des Klägers die Folge, indem im Uebrigen unbestritten war, daß die Zustimmung der Ehefrau des Beklagten zu jenem Vertrage (Liegenschaftsverkaufe) keineswegs erfolgt war.

In dem vorangestellten ersten Rechtsfall:

In Sachen Faist gegen Trautwein

war der vom Widerkläger geltend gemachten Uebereinkunft v. 25. Juni 1860 von Seite des Widerbeklagten die Behauptung entgegengehalten, daß ausgemacht worden sei, daß die Uebereinkunft schriftlich abgefaßt werden müsse und erst dann Geltung haben solle. Es war hierin nun nicht eine eigentliche Suspensivbedingung behauptet, indem der Umstand, auf welchen die bindende Kraft des Geschäftes ausgesetzt worden sein sollte, nämlich die schriftliche Abfassung des Vertrags, nicht ein ungewisses, nicht mehr von dem Willen der Parteien abhängiges Ereigniß ist, sondern lediglich auf dem Willen der Parteien, nämlich auf der weiteren Uebereinstimmung derselben beruht, und also der Wille der Parteien durch jene erste Uebereinkunft noch nicht in der Weise wie bei einem unter einer eigentlichen Suspensivbedingung abgeschlossenen Geschäft, gebunden erscheint. Die Sache ist vielmehr von einem andern Gesichtspunkte aus aufzufassen. Es hat nämlich in Fällen, wo gesetzlich eine schriftliche Abfassung eines Vertrags nicht erforderlich ist, schon die erklärte Uebereinstimmung der Parteien bindende Kraft. Wenn nun aber auch für solche Fälle durch ausdrückliche Verabredung der

---

*) Bethmann-Hollweg, Versuche über ein. Theile des Civ.Proz. Nr. V. S. 321 ff. 337 ff., stellt die fraglichen beklagtischen Vorbringen den Beanstandungen der Voraussetzungen der Giltigkeit des Vertragsabschlusses, also der Einwendung des Wahnsinns eines Contrahenten, des Zwangs, Betrugs u. dgl. gleich, will aber dann doch den Beweis dieser beiderlei Einwendungen (oder uneigentlichen Einreden, wie er dieselben bezeichnet) von Seiten des Beklagten nur als einen direkten Gegenbeweis gelten lassen, weil er das Dasein des Rechtsverhältnisses als Grundlage der Klage annimmt, und den Kläger von dem Beweis einzelner Bestandtheile des Rechtsverhältnisses nur in Folge angeblicher Präsumtionen befreit erachtet. Derselbe ist in dieser Hinsicht mit Grund bekämpft von:

Linde, in dessen Zeitschrift für Civ.R. und Proz. Bd. I. (1828) S. 147 ff. u. ebenda N. F. Bd. XIII. (1856) S. 33 ff. (Reinhold).

Dr. A. Th. J. Schmid, Hdb. des Civ.Proz. Bd. II. §. 97 S. 38—39 folgt der Theorie von Bethmann Hollweg. Dieselbe hat aber jedenfalls in unserer Gesetzgebung keinen Halt, da mindestens die Einwendungen hinsichtlich der giltigen Entstehung des Vertrags in L.R.S.S. 1116. 1116a. 1125 u. s. w. als selbstständige Vertheidigungsgründe des Beklagten bezeichnet sind und deren Beweis und zwar gemäß §. 384 und 385 der Pr.O. (v. 1864) als Hauptbeweis dem Beklagten auferlegt ist.

Digitized by Google

Parteien die schriftliche Abfassung des Vertrages als Erforderniß zum bindenden Abschluß ausgemacht wird, so haben die vorausgehenden mündlichen Willenserklärungen der Parteien nicht die Bedeutung und Kraft, die ihnen nach ihrer äußeren Erscheinung gemäß der gesetzlichen Regel zukommt, und es muß Sache des Beklagten sein, der sich auf diesen Ausnahmsfall beruft, den thatsächlichen Grund anzuführen und zu beweisen, durch welchen hier die gesetzliche Regel ausnahmsweise ausgeschlossen sein soll. Es beruht dies auf demselben Princip, welches sogleich im Anfang dieses Aufsatzes ausgeführt wurde, und welches auch für den Fall, wo behauptet ist, daß die äußere Willenserklärung nicht mit dem wirklichen Willen in Uebereinstimmung stehe, z. B. wo die Erklärung auf Simulation, auf Scherz beruht, ausdrücklich angewendet, und dem Beklagten der Beweis darüber auferlegt wird, daß die vorliegende Willenserklärung nicht die Bedeutung habe, die sie äußerlich und gemäß der Regel darstellen würde,

man vgl. v. Savigny Syst. 2c. Bd. III. §. 134—135 S. 257—258; Bd. V. §. 225 S. 154—155, und

Reinhold, Beiträge zur Lehre v. d. Einreden und der Beweislast in Linde's 2c. Zeitschr. f. Civ.R. und Proz. Bd. XIII. (1856) S. 165—166.

Hiernach hätte wohl dem Widerbeklagten der Beweis der von ihm aufgestellten Behauptung, daß die schriftliche Abfassung des Vertrags verabredet gewesen sei, auferlegt werden sollen, und es würde zur Zuschiebung des Eides von Seiten des Widerbeklagten an den Widerkläger über das Nichtwahr jener Behauptung gekommen, und der Prozeß von dem Eide des Widerklägers abhängig gewesen sein, während er nach den bemerkten Urtheilen der zweiten und dritten Instanz von dem Eide des Widerbeklagten abhängig gemacht war, also von dem Eide derjenigen Partei, welche jene Behauptung selbst aufgestellt hatte.

§. 6.

Der vornen aufgeführte dritte Rechtsfall endlich

In S. Fischers Erben gegen Knittel

hat eine eigenthümliche Beschaffenheit und kommen andere Momente als bei den beiden andern Fällen, bei der Beurtheilung der Beweispflicht in Betracht, und soll daher, weil dabei manche nicht unwichtige und nicht selten vorkommende Fragen berührt werden, etwas näher darauf eingegangen werden.

Der Beklagte hat der von den Klägern gegen ihn auf Haltung des fraglichen Hauskaufes und auf Bezahlung des festgesetzten Kaufpreises angestellten Klage entgegengehalten, daß ausgemacht worden sei, daß das Haus in den letzten Jahren immer eine gewisse Rentabilität (von jährlich 1260 fl.) gehabt habe, und daß er den Kauf nur unter dieser Voraussetzung abgeschlossen habe.

Das großh. Oberhofgericht hat nun in seinen Entscheidungsgründen anerkannt, daß es sich hier nicht um eine Bedingung im eigentlichen Sinne handle, hat aber doch, gleichwie die zweite Instanz, die Grundsätze angewendet, welche von

Bayer, Vortr. über Civ.Pr. §. 228 S. 733 ff.

für den Fall der Behauptung einer Suspensivbedingung oder für andere Fälle, wo durch die beklagtische Behauptung die Perfektion des Vertrages in Frage gestellt erscheine, aufgestellt. Es bedarf nun allerdings keiner näheren Ausführung, daß es sich nach jener Behauptung des Beklagten nicht um eine eigentliche Bedingung im Sinn der L.R.S.S. 1163 ff., sondern um die Stipulation einer besonderen Eigenschaft des Kaufobjektes handle. Es stellt sich jenes angebliche Geding als ein s. g. dictum et promissum des röm. Rechts dar, wegen dessen der Käufer aber ähnliche Gewähr vom Verkäufer muß ansprechen können, wie nach den L.R.S.S. 1641 ff. bei den durch das Gesetz vorausgesetzten Eigenschaften beziehungsweise Fehlern einer Sache. Bei der Beurtheilung der Frage aber, ob die Anführung einer solchen zugesagten Eigenschaft und nöthigenfalls der Beweis über die Zusage dem Verkäufer als Grund seiner Klage, oder nicht vielmehr dem Käufer obliege: ist vor Allem zu berücksichtigen, daß es sich hier um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handelt, aus welchem für jeden der beiden Kontrahenten besondere Rechte entspringen, und jedem von beiden zur Geltendmachung des betreffenden Anspruches eine eigene Klage gegeben ist, dem Verkäufer die actio venditi zunächst auf Zahlung des Kaufpreises, dem Käufer die actio emti auf Uebergabe der gekauften Sache. Allein nach der allgemeinen Regel, daß in jeder Klage nur soviel Thatsächliches angegeben zu sein braucht, als nöthig ist, um in Verbindung mit dem Gesetz diejenige Leistung, die in dem Klagpetitum

Digitized by Google

gefordert wird, als begründet darzustellen, womit auch
v. Bayer, Vortr. über Civ.Pr. 8. Aufl. §. 227 Ziff. 5 S. 732 und §. 228 S. 736–737;
Weber über Verbindl. z. Beweisf. §. 33 S. 201
einverstanden sind, — ergibt es sich als natürliche Folgerung, daß bei den zwei obenbemerkten Klagen, weil jede derselben auf ein anderes Objekt gerichtet ist, auch die Klagbegründung nicht durchaus die gleiche sein muß. Es wird insbesondere für die vorwürfige von den Klägern gegen den Beklagten auf Zahlung des Kaufpreises angestellte actio venditi genügen, wenn angeführt ist, daß zwischen den Klägern beziehungsweise ihrem Gewalthaber und dem Beklagten am 26. November 1864 ein Kaufvertrag über das Haus der Kläger No. 90 in der Herrenstraße zu Rastatt zu Stande gekommen sei, wornach der Beklagte sich verbindlich gemacht habe, für das Kaufsobjekt den Kaufpreis von 14,000 fl. an die Kläger zu zahlen; und daß also zunächst der Kaufpreis, welcher der Gegenstand der Klagbitte bildet, bestimmt nach Betrag, etwaiger Verzinslichkeit u. dgl. angegeben werde; wogegen es hinsichtlich des Kaufobjektes, welches eine species darstellt, an obiger Bezeichnung genügt, um den Kaufvertrag, aus welchem die Verkäufer klagen, zu präcisiren, und eine detaillirte Angabe über alle Zugehörden desselben für den Zweck dieser Klage nicht absolut nöthig erscheint. *) Wenn hingegen der Käufer von den Verkäufern mit der actio emti zunächst die Uebergabe des Kaufsobjektes verlangen will, so ist es allerdings Sache des Käufers, in seiner Klage dieses Kaufsobjekt ganz umständlich anzugeben, namentlich die Zugehörden, die nach seiner Behauptung mitverkauft wurden, die Eigenschaften desselben, welche bei dem Verkaufe ausbedungen worden sein sollen, aufzuführen, da ja darauf sein Anspruch gerichtet ist.

Man vergl. auch v. Bayer Vortr. ꝛc. §. 228 S. 736—737.

Es kann hieran nach bekannten Rechtsgrundsätzen keinen Unterschied machen, wenn der Käufer diese seine Ansprüche nicht gerade mit der selbstständigen Klage, sondern etwa im Wege der Widerklage gegen die vom Verkäufer erhobene actio venditi geltend macht, oder dieser Klage in anderer Weise als eine Gegenforderung entgegenhält. Käufer stützt auch diese Rechtsbehelfe auf die Behauptung, daß er aus dem Vertrag ein Kaufsobjekt der und der Art anzusprechen habe. Der beklagte Käufer muß daher im vorwürfigen Falle behaupten und beweisen, daß die fragliche Eigenschaft des Hauses, nämlich eine bisherige Rentabilität desselben im bemerkten Betrage — zugesichert worden sei. *) Beklagter ist aber streng ge-

*) Wie bei zweiseitigen Verträgen der Umstand, daß dem aus dem Vertrage entspringenden Rechte des einen Contrahenten andere aus ebendemselben Vertrage herrührende Ansprüche des andern Contrahenten gegenüberstehen, — Einfluß auf die Bedeutung der prozessualischen Erklärungen des einen und andern Contrahenten über einen gewissen Vertragspunkt — ausübe, wird auch von

Wetzell, System des Civ.Proz. (1865) §. 19 S. 151—152,

anerkannt, indem derselbe, wenn auch zunächst nur hinsichtlich der Erklärungen der Contrahenten über die Quantität eines Vertragsobjektes sagt:

„Bei zweiseitigen Geschäften wird wegen der Beziehung, in welcher die gegenseitigen Leistungen zu einander stehen, unterschieden werden müssen, ob der Leugnende einen Vortheil oder ob er einen Nachtheil davon hat, wenn die in Frage stehende Quantität weniger beträgt, als der Gegner behauptet, oder mit andern Worten, ob dieselbe ihm oder dem Gegner versprochen worden ist, ob also z. B. der auf Tradition der Waare gerichteten actio emti (des Käufers) gegenüber der Verkäufer, oder der auf Zahlung des Preises gerichteten actio vendtti (des Verkäufers) gegenüber der Käufer entgegnet, der Kaufpreis sei nicht zu 100, sondern zu 60 festgestellt worden."

Nach unseren obstehenden Ausführungen würde die Erklärung des Verkäufers über den Kaufpreis als eine Erklärung über einen ihm zustehenden Anspruch, und also die Erklärung desselben, daß er nicht 100, sondern nur 60 als Kaufpreis zu fordern habe, als ein Verzicht auf den Mehrbetrag aufzufassen sein; dagegen die desfallsige Erklärung, welche vom Käufee auf die vom Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises erhobene Klage abgegeben würde, müßte als eine Erklärung über eine dem Käufer obliegende Verbindlichkeit und also die Erklärung, daß der Kaufpreis nicht 100, sondern nur 60 betrage, als ein theilweises Läugnen betrachtet werden.

Auf die allerdings anders lautende Folgerung, die Wetzell a. a. O. aus seinem vorangestellten Satze zieht, wird noch weiter unten zurückgekommen werden.

*) In obiger Weise löst sich auch die bei Erörterungen über das sog. qualificirte Geständniß öfters, z. B.

bei Weber über Verbindl. z. Beweisf. §. 42 S. 221 und §. 43 S. 227, und auch

in dem Aufsatz in den O.H.G. Jahrb. n. F. Jahrg. X. S. 36

angeführte Fall, wenn der auf Zahlung des Kaufpreises für ein erkauftes Haus belangte Käufer zwar den Kauf und den Betrag des Kaufpreises zugibt, aber behauptet, daß nicht blos das leere Haus verkauft, sondern auch noch die Möbel, die Bibliothek und dgl. mitverkauft worden seien.

Auch hier betrifft nämlich der Streit die verkaufte Sache,

Digitized by Google

nommen auch mit diesem Beweise noch nicht an dem von ihm gewünschten Ziele. Er will die Befreiung von der Verbindlichkeit zur Zahlung jenes Kaufpreises, beziehungsweise er will Aufhebung des Kaufvertrages, und diese kann er nach Analogie der erwähnten L.R.S.S. 1641 ff. nur verlangen, wenn es sich herausstellt, daß die fragliche, ihm angeblich zugesagte Eigenschaft des Hauses (Rentabilität) in Wirklichkeit nicht vorhanden ist: er muß daher auch noch den Beweis über diesen letzteren negativen Umstand führen. Es liegt nämlich, wie

Heerwart über die exceptio non adimpleti contractus im Archiv f. civ. Prax. Bd. VII. S. 361

ausführt, in der Zusage einer solchen Eigenschaft der verkauften Sache von Seite des Verkäufers das bedingte Versprechen, wenn die Sache die bemerkte Eigenschaft nicht habe, sie zurückzunehmen oder Entschädigung zu geben. Gleicher Ansicht ist in diesem Falle auch

Brackenhöft über d. qualif. Gstd. im Arch f. civ. Prax. Bd. XII. (1839) S. 232 Note 61a. Man s. übrigens unten Note.

Nach diesen Ausführungen rechtfertigt sich also das Urtheil erster Instanz, wornach dem beklagten Käufer der Beweis darüber auferlegt wurde, daß für das Verkaufsobjekt die von ihm behauptete Eigenschaft zugesichert worden sei, und daß sohin auf den von ihm hierüber den Klägern beziehungsweise ihrem Gewalthaber zugeschobenen Haupteid erkannt wurde; und ist dieses Urtheil auch dann gegründet, wenn das fragliche Geding zu gleicher Zeit mit dem Vertragsabschlusse verabredet wurde, während allerdings wenn solche Verabredung erst später und also als eine Abänderung des ursprünglichen Vertrags stattgehabt haben soll, der Käufer, der sich auf diese Abänderung des ursprünglichen Vertrags beruft, schon wegen letzterer Eigenschaft der Verabredung, sie zu beweisen hätte, wie schon vornen angeführt wurde.

Die in Frage stehende Eigenschaft selbst, nämlich die bisherige Rentabilität des Hauses zu jährlich 1260 fl. nahmen die Gerichte, wie es scheint, aus dem Grunde kurzweg als nicht vorhanden an, weil die klagenden Verkäufer selbst das Bestehen einer solchen Rentabilität des Hauses nicht mit Entschiedenheit entgegengehalten hatten.

§. 7.

Man könnte nun aber der ganzen Ausführung entgegenhalten, daß die genaue Angabe auch des Verkaufsobjektes bei der vom Verkäufer, wenn auch zunächst auf Zahlung des Kaufpreises gerichteten actio venditi schon aus dem Grunde erforderlich sei, weil dieser Kläger die seinerseits geschehene Erfüllung des Kaufvertrages, also die Lieferung der Waare behaupten müsse, und der beklagte Käufer die Klage des Verkäufers schon durch das einfache Läugnen des Umstandes der vom Verkäufer geschehenen Vertragserfüllung, mit andern Worten durch die angeblich privilegirte s. g. exceptio non adimpleti contractus zurücktreiben könne. Allein diese Ansichten bezüglich der bemerkten Einrede, welche allerdings früher vielfach geherrscht haben und noch in

Weber über die Verbindl. z. Beweisf. Abschnitt VI. §. 27 S. 184 f.

aufrecht erhalten wurden, sind in neuerer Zeit insbesondere durch die mehrfachen desfallsigen Abhandlungen von

Dr. Heerwart im Archiv f. civ. Prax. Bd. VII. (1833) S. 337 ff., Bd. XIV. S. 206 ff., XVIII. S. 387 ff.

---

und wie diese im Falle der Käufer seinerseits klagend auftritt, das unmittelbare Objekt des Begehrens der betreffenden Klage, den actio emti. bildet, so bleibt es auch, wenn bei der geänderten Prozeßlage der Käufer der bekagte Theil ist, nur macht derselbe jenes Objekt seines Anspruchs als eine Gegenforderung im Wege der Widerklage, oder der Einrede u. dgl. geltend. Der Käufer hat also auch hier wie in dem Fall, wo er als Kläger auftritt, dieses Objekt seines Anspruchs (seiner Gegenforderung) umständlich, wie er es anspricht, also nach seinem Umfang, mit allen angeblichen Bestandtheilen, Zubehörden und dgl., wie sie nach Käufers Behauptung verabredet worden sein sollen, anzuführen und nöthigenfalls zu beweisen; wogegen zu dem Klaggrund der vorangegangenen actio venditi des Verkäufers zwar die bestimmte Anführung des Kaufpreises als des unmitlelbaren Objektes jener Klage erforderlich ist, hinsichtlich des Kaufobjektes aber auch eine weniger detailirte Angabe, wenn nur daraus der bestimmte Kaufvertrag, auf welchen der Verkäufer sich stützt, genugsam erkennbar wird, hinreicht. Es kann daher wohl die richtige Entscheidung des erwähnten Falles nur dahin gehen, daß der Käufer es ist, welchem im Falle des Streites der Beweis obliegt, daß als Verkaufsobjekt nicht nur das leere Haus, sondern das Haus mit Inbegriff der Möbel, der Bibliothek u. s. w. verabredet worden sei; ein Resultat, welches auch wieder mit der Vorschrift des L.R.S. 1602a im Einklang steht, und bei welchem sich auch eine einfache natürliche Fassung der Beweisauflage, der Eideszuschiebung u. s. w., sehr im Gegensatz gegen die geschraubten, gewundenen Fassungen dieser Prozeßakte, wie sie bei der gegentheiligen Ansicht nöthig werden, ergibt; auf welchen Punkt man unten zurückkommen wird.

Digitized by Google

gründlich berichtigt und widerlegt, dessen Ansicht auch von

Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile ꝛc. des Civ.Pr. S. 343 ff.,

Heffter in den Zusätzen zu Weber über die Verbindl. z. Beweisf. z. VI. §. 27 S. 184 u. 287,

Dr. A. Ch. J. Schmid Civ.Proz. Bd. II. §. 95 S. 6—7 Note und den dort weiter angeführten Schriftstellern,

Puchta, Pand. (1856) §. 232 u. Noten c—e und

Dr. Wetzell, Syst. d. Civ.Pr. (1865) §. 17 S. 143.

getheilt wird.

Darnach ist allerdings bei zweiseitigen Verträgen die Leistung des einen Kontrahenten durch die Gegenleistung des andern Kontrahenten bedingt. Damit ist aber keineswegs gemeint, daß nun auch schon die Klage von Seite eines Kontrahenten nur zulässig wäre, wenn darin sofort die vorgängige seinerseitige Erfüllung der Gegenleistung behauptet würde, was ohnehin schon dem Wesen der Consensualkontrakte widersprechen würde; sondern es ist damit nur gesagt, daß der Beklagte der Klage seinen Gegenanspruch an den Kläger auf Erfüllung der im Vertrag bedungenen Gegenleistung entgegenstellen und einstweilen die ihm angesonnene Leistung zurückhalten kann. Es wird daher für dieses Vorbringen der Charakter einer wahren Einrede geltend gemacht in Hinweisung auch auf die Gesetzesstellen des röm. Rechts, insbesondere:

L. 25 de act. emti. vend. (19. 1):

Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: „si ea pecunia qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

L. 5 §. 4 de doli exc. (44. 5)

... etiam mercis non traditae exceptione summovetur etc.

L. 13 §. 8 Dig. de act. emt. vend. (19. 1)

.... Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. *).

Auch nach dem Landrecht L.R.S.S. 1612. 1651. 1653, verglichen auch mit L.R.S. 1184 — beziehungsweise nach französ. Rechte verhält es sich in ähnlicher Weise, wie sich aus

Pothier traité du contr. de vente No. 66 u. 63

ergibt.

Als Folgerungen aus dem bemerkten Charakter jenes Vorbringens als einer Einrede stellt

Heerwart l. cit. S. 348 ff.

mit Recht auf, daß für den Kläger die Anführung der Erfüllung des Vertrags von seiner Seite zum Klaggrunde nicht wesentlich nöthig ist; daß der Beklagte den Grund seiner Einrede, nämlich die ihm aus dem Vertrag zustehenden Gegenforderungen speziell und mit gehöriger Bestimmtheit anführen, und nöthigenfalls, nämlich wenn sie geläugnet werden, und nicht nach Quantität und Qualität schon aus der Klage mit Bestimmtheit sich ergeben, beweisen müsse. Letztere Obliegenheit des Beklagten zur Anführung und zum Beweise seiner Gegenansprüche heben auch

Puchta, Pand. (1856) §. 232 und

Dr. A. Ch. J. Schmid, Handbuch des Civ.Proz. Bd. 2 §. 95 S. 7 in der Note — und

Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. in Sachsen von Dr. Tauchnitz Bd. XI. (1853) S. 220 (Dr. Kuntze) u. s. w.

ausdrücklich hervor, während andere Schriftsteller, wie z. B.

Dr. Wetzell, Syst. d Civ.Proz. §. 17 S. 143 bis 144

nicht näher auf Fälle dieser Art eingehen, sondern nur den, allerdings gewöhnlicheren Fall vor Augen haben, wo der Grund des Gegenanspruches der Beklagten sich schon aus den Anführungen der Klage ergibt. Allein nach dem, was weiter vornen über den nothwendigen Inhalt der Klage im Allgemeinen bei zweiseitigen Verträgen, und soeben hinsichtlich des angeblichen Erfordernisses der Erwähnung der klägerischerseits geschehenen Vertragserfüllung gesagt wurde, — wird die Klage keineswegs immer auch über die Gegenleistungen, die der Beklagte vom Kläger in Anspruch nimmt, eine erschöpfende Angabe enthalten; und es wird dies namentlich da nicht der Fall sein, wo der Beklagte, wie hier

*) Der unmittelbar vorangehende Satz: „Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio“ — nach welchem diese Oblation des Kaufpreises als zur Statthaftigkeit der Klage erforderlich erscheinen könnte, bekommt aus den weiten angeführten Stellen und aus dem nicht immer so präcisen Gebrauch des Ausdruckes „nondum est actio“ seinen richtigen Sinn, wie bei Heerwart l. cit. Bd. VII. S. 344 näher ausgeführt ist.

Digitized by Google

der Käufer Knittel, Vertragsbestimmungen behauptet, deren Verabredung der Kläger bestreitet, und welche dieser daher, wie sich von selbst versteht, in seiner Klage nicht anführt.

Faßt man dabei, wie es in den hauptsächlich angeführten Stellen des römischen Rechts geschieht, zunächst den Fall ins Auge, daß die Einrede als dilatorische vorgeschützt, nämlich vom Beklagten dahin geltend gemacht wird, daß ihm selbst aus demselben Vertrage Gegenansprüche an den Kläger zustehen, und er, bis Kläger diesen Genüge leiste, auch seinerseits seine Leistungen zurückhalte: so wird Kläger diese ihm entgegengehaltene dilatorische Einrede beseitigen können, indem er behauptet und darthut, daß er von seiner Seite den Vertrag bereits erfüllt habe. Es verhält sich ebenso, wenn der Beklagte widerklagend verlangt, daß auch der Kläger seinerseits zur Erfüllung des Vertrags angehalten, z. B. wenn der beklagte Käufer verlangt, daß der klagende Verkäufer zur Uebergabe der verkauften Sache, die der Beklagte, Widerkläger näher zu bezeichnen hätte, angehalten werde; — der Kläger, Widerbeklagte könnte entgegnen, daß er den Vertrag bereits erfüllt, z. B. das Verkaufsobjekt bereits übergeben habe. Aber in dem einen wie in dem andern Falle bildet die Behauptung des Klägers, daß er den Vertrag erfüllt habe, den Grund einer Replik, und keineswegs wie die ältere Ansicht angenommen hatte, einen Bestandtheil des Klaggrundes, und wenn der Kläger nun allerdings diese seine Behauptung zu beweisen hat, so liegt ihm damit nicht der Beweis eines Theiles des Klaggrundes, sondern der Beweis einer Replik ob.

Anstatt, daß in diesen eben angeführten Fällen der Beklagte durch sein Vorbringen nur die Erfüllung des Vertrages von dem Kläger in Anspruch nimmt, kann der Fall vorkommen, daß auf Grund der unterbliebenen Leistung des Klägers der Beklagte, z. B. der beklagte Käufer auf Grund der von Seiten des Verkäufers unterbliebenen rechtzeitigen Uebergabe des Kaufobjektes, widerklagend die Aufhebung des Vertrags verlangte, L.R.S. 1184. 1610: — aber auch hier hätte der Beklagte wohl nur anzuführen und zu beweisen, daß ihm der Kläger nach dem Vertrage zu gewissen Leistungen verpflichtet sei und mit der Anführung, daß die Zeit zur Erfüllung dieser Leistungen bereits umflossen sei, ohne daß der Beklagte die Erfüllung als geschehen anerkennen könne; und es würde Sache des Klägers, Widerbeklagten sein, dieses Widerklagebegehren dadurch zurückzuweisen, daß er behauptet und darthut, daß er die fraglichen Obliegenheiten bereits erfüllt habe. Aufgabe des Beklagten, Widerklägers, würde es aber auch hier sein, diejenigen Verbindlichkeiten, die nach seiner Ansicht gemäß dem Vertrage dem Kläger, Widerbeklagten, obliegen sollen, bestimmt zu bezeichnen, und im Fall sie bestritten würden, zu beweisen.

> Heffter zu Weber über Verbindl. zur Beweisf. S. 285—286 und
>
> A. Ch. J. Schmid, Civ.Proz. Bd. II. §. 95 Note 2 S. 7.

Abweichend hievon will

> Heerwart, a. a. O., Arch. f. civ. Prax. Bd. VII. S. 352—353,

in diesem Fall dem Beklagten, Widerkläger, den Beweis des negativen Umstandes, daß die Leistung des Klägers, Widerbeklagten, unterblieben sei, auferlegen.

Aehnlich würde sich die Sache gestalten, wenn nicht Fälle der Exceptio non adimpleti contractus, nämlich wo z. B. die verkaufte Sache oder die verkauften Sachen gar nicht (beziehungsweise nicht alle) geliefert worden sein sollen, sondern Fälle der sog. Exceptio non rite impleti contractus vorliegen würden, nämlich Fälle, wo behauptet wird, daß die gelieferte Sache nicht die erforderlichen oder zugesagten Eigenschaften habe; und unter die Fälle dieser Art wäre der vorwürfige Rechtsfall einzureihen.

Nehmen wir dabei zunächst den Fall, wo die Sache vermöge ausdrücklicher Zusicherung gewisse Eigenschaften haben sollte. Ist nun die betreffende Sache eine species, z. B. ist ein bestimmt bezeichnetes Pferd, oder wie im obigen Rechtsfall das bestimmt bezeichnete Haus No. 90 in der Herrengasse in Rastatt Gegenstand des Kaufvertrages, so besteht für den Verkäufer die Erfüllung des Vertrags in der Uebergabe dieses speziellen Pferdes, oder Hauses; und wenn es sich nun herausstellen sollte, daß das Pferd oder das Haus die zugesicherten Eigenschaften nicht hat, und wenn solche naturgemäß auch demselben nicht nachträglich beigebracht werden können: so kann der Verkäufer doch nicht auf eine andere, der Zusicherung entsprechende Erfüllung belangt, sondern es kann von dem Käufer wegen jener Mängel nur entweder die Aufhebung des Vertra-

Digitized by Google

ges vermöge der actio redhibitoria, oder eine Entschädigung vermöge der actio quanti minoris verlangt werden.

Wenn dagegen der Vertragsgegenstand, bei welchem kraft ausdrücklicher Verabredung gewisse Eigenschaften vorhanden sein sollten, nur als genus bedungen war, z. B. gegen den Kaufpreis von 1000 fl. die Lieferung eines Gespannes von zwei Braunen, welche sechsjährig und zum Fahren und Reiten tauglich sein sollten; und es stellt sich heraus, daß die zwei gelieferten Pferde nicht sechsjährig und nicht zum Reiten tauglich sind: so kann der Käufer dem Pferdverkäufer, wenn dieser auf den Kaufpreis klagt, allerdings entgegenhalten, daß der klagende Verkäufer zuerst solche Pferde zu liefern habe, die dem Vertrage entsprechen, und wenn Kläger im Wege der Replik die Lieferung vertragsmäßiger Pferde behauptet, wird Beklagter dies einfach läugnen können, und Kläger wird den Beweis führen müssen, daß die zwei gelieferten Pferde sechsjährig und zum Reiten tauglich seien; oder wenn er dies nicht kann, wird er zwei andere Pferde, die diese Eigenschaften wirklich haben, liefern müssen, ehe er mit seiner Forderung des bedungenen Kaufpreises durchdringen kann.

Daß es übrigens auch bei der Exceptio non rite impleti contractus Sache des Beklagten ist, anzuführen und zu behaupten, was für Eigenschaften des Vertragsobjektes verabredet worden seien, versteht sich nach den Grundsätzen, die oben bei der Exceptio non adimpleti contractus ausgeführt wurden.

Nur beiläufig soll hier auch noch auf Fälle der andern Art hingewiesen sein, wo es sich überhaupt nicht um Eigenschaften handelt, welche kraft besonderen Gedinges bei dem Vertragsgegenstande vorhanden sein sollen, sondern wo die gelieferte Sache nur deßhalb beanstandet wird, weil sie mit Mängeln behaftet sei, für welche der Liefernde schon vermöge gesetzlicher Vorschrift, auch ohne besondere Zusicherung, einstehen muß: Es ist auch hier wieder eigentlich nicht eine Erfüllung des Vertrages, welche der beklagte Käufer dabei anrufen kann, sondern es ist die Befugniß, die Aufhebung des Vertrages oder Vergütung verlangen zu können, und da diese Befugniß gemäß dem Gesetz nur auf Grund des Vorhandenseins gewisser Fehler der Sache geltend gemacht werden kann: so folgt daraus, daß der Beklagte diesen zur Begründung seines Antrages erforderlichen Umstand anzuführen und zu beweisen hat.

M. vrgl. Heerwart, a. a. O. Arch. für civ. Prax. Bd. VII. S. 357—358 und 362; ebenso hier auch Weber über Verbindl. rc. §. 27 S. 184—185.

Es macht ferner bei diesen Ansprüchen, die auf die gesetzliche Vorschrift über die zu gewährenden Fehler gebaut werden, weiter keinen Unterschied, ob eine species verkauft, oder die Sache in Folge einer auf ein genus gerichteten Verabredung geliefert worden war.

M. vrgl. Heerwart, a. a. O. S. 362 *)

Durch diese Bemerkungen ist wohl nachgewiesen, daß auch durch die sogen. Exceptio non adimpleti contractus, und ebenso durch die sogen. Exceptio non rite impleti contractus keine Aenderung an den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen über den Umfang des Klaggrundes bei Klagen aus zweiseitigen Rechtsgeschäften und über die Beweislast herbeigeführt wird.

Um nun auf den vorgeführten Rechtsfall zurückzukommen, so geht aus den vornen aufgestellten allgemeinen Grundsätzen hervor, daß durch die fragliche Behauptung des Beklagten nicht die sogen. Perfektion des Vertrages in Frage gestellt sei, da jene beklagtische Behauptung sich nur darauf bezog, was für einen Inhalt der Vertrag gehabt habe. Es würde eine bindende Willenserklärung im Sinn von Puchta, Pand. §. 254 — sowohl dann vorhanden sein, wenn sie dahin gegangen wäre, daß das Haus schlechthin, also ohne Zusicherung jener Rentabilität verkauft sein sollte, und ebenso auch dann, wenn sie dahin gegangen wäre, daß der Verkauf mit jener Zusicherung geschehen solle.

(Schluß folgt.)

*) Ueber die bei dieser Lehre vorkommenden Frage, inwiefern in einer ohne Einsprache geschehenen Empfangnahme einer Sache oder Waare ein Zugeständniß der fehlerfreien Beschaffenheit derselben, oder wenigstens ein Zugeständniß darüber liege, daß dies eine ihrem Gegenstande nach richtige Lieferung sei, vergleiche man

Brackenhöft, über das qualif. Geständniß, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 7 S. 233 und den dort cit. Stryk U. M. oder L. XIX. T. I. §. 4 i. f. und

Stabel, in den Blättern für Just. u. Verwalt. Bd. I. S. 337 ff.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro October 1867. No. 9.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 9.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat October 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 1. October.	
97	Loppinet gegen Frank — Schadensersatz.	Grimm. — Fürst.
61	Haiz gegen Haas — Forderung.	Esser. — Geißmar.
	Donnerstag den 3. October.	
62	Nißler gegen Volk — Vertragserfüllung.	v. Engelberg. — Esser.
63	Rust gegen Zivi — Forderung.	Esser. — Geißmar.
	Dienstag den 8. October.	
66	Tritschler gegen Wisser — Erbtheilung.	Gentil. — Esser.
	Donnerstag den 10. October.	
67	Böhringer gegen Auerbacher — Forderung.	Schenkh. — Burkhardt.
72	Vogt gegen Dresdener Feuerversicherungsgesellschaft — Forderung .	v. Feder. — Grimm.
	Dienstag den 15. October.	
68	Henkel gegen Kästle — Forderung.	Eller. — Grimm.
71	Laggai gegen Uhrenbacher — Erbtheilung.	v. Engelberg. — Geißmar.
	Donnerstag den 17. October.	
73	Stark gegen Bockkeller Actiengesellschaft — Forderung. . .	Bertheau. — Grimm.
	Dienstag den 22. October.	
64	Müller gegen Frank — Vertragserfüllung.	Mays. — Schulz.
115	Engel gegen Utz — Forderung.	Ettlinger. — Schenkh.
	Donnerstag den 24. October.	
76	Schmitt gegen Stern — Entschädigung.	v. Engelberg. — Fürst.
75	Ding gegen Götz — Forderung.	Fürst. — Grimm.
	Dienstag den 29. October.	
83	Frank gegen Rubin — Forderung.	Esser. — Fürst.
77	Veit gegen Zimmermann Forderung.	Burkhardt. — Wengler.
	Donnerstag den 31. October.	
78	Hausrath gegen Mayer — Forderung.	J. Gutmann.
79	Darmstädter gegen Spies — Forderung.	Gernandt. — Eller.

Digitized by Google

Soeben erschien bei uns

Code Napoléon.

Badisches Landrecht.

Mit Anmerkungen, herausgegeben von

Max Ruef,

Anwalt in Freiburg.

1. Lieferung. Preis fl. 1. 20 kr.

Das Werk wird in 4 bis 5 Lieferungen erscheinen und bis Schluß dieses Jahres vollendet sein, da das ganze Manuscript druckfertig vorliegt.

Fr. Wagner'sche Buchhandlung in Freiburg.

Ferner erschien soeben und ist in der Buchhandlung von **J. Bensheimer** in **Mannheim** zu haben:

Das

badische Landrecht

annotirt nach den

Entscheidungen der badischen Gerichtshöfe und der badischen Doctrin

von

K. Kah,

großherzoglich badischer Oberamtsrichter.

Ergänzungsband.

Eleg. br. fl. 3. 12 kr.

Archiv für Theorie und Praxis

des

allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Unter Mitwirkung mehrerer Rechtsgelehrten

herausgegeben

von

F. B. Busch,

großherzogl. sächsischer und fürstl. schwarzenburgischer Appellationsgerichts-Vicepräsident a. D.

Elfter Band.

1. u. 2. Heft.

Eleg. broch. fl. 2. 24 kr.

☞ Zur Complettirung liefern wir, sowohl einzelne Bände, als auch das bis jetzt Erschienene zu ermäßigtem Preise nach.

Jahrbücher für badisches Recht,

herausgegeben von **Dr. Stabel.**

Bd. I. Heft 5. Preis fl. 1. 12 kr.

Als Separatabdruck aus diesem Hefte erschien:

Zur Begründung des Entwurfes einer Gebührenordnung für die Anwälte.

Mitgetheilt aus den Akten des Justizministeriums. Preis eleg. br. 36 kr.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 33.**

(Schluß von Art. 101.)

Da das Zustandekommen eines Vertrags, der den Verkauf des fraglichen Hauses um den bemerkten Preis betraf, an sich nicht geläugnet ist, so ist es, wie oben nachgewiesen, Sache des beklagten Käufers zu beweisen, daß die Willenserklärung der Parteien auch noch auf diese besondere Bestimmung gegangen sei. *)

Wenn man jene Behauptung des Beklagten so auffassen wollte, als leugne er, daß es überhaupt zu einem definitiven Vertragsabschluß gekommen sei, — so könnte möglicherweise dem Beklagten selbst damit nicht gut gedient sein. Allerdings, wie die Sache hier lag, wo der Beklagte auf Grund des behaupteten Gedinges von dem Vertrage überhaupt loszukommen suchte, sollte es ihm gleichgültig sein, ob der Kauf vermöge der actio redhibitoria wegen Mangels der zugesicherten Eigenschaft als aufgehoben erklärt, oder ob derselbe als gar nicht definitiv abgeschlossen betrachtet werde. Allein anders würde sich die Sache herausstellen, wenn bei einem für den Käufer sehr günstigen und wohlfeilen Kaufe das Interesse des Käufers dahin gehen würde, den Kauf aufrecht zu erhalten, also durch die Behauptung jenes Gedinges nur vermittelst der actio quanti minoris eine Ermäßigung des Kaufpreises zu erzielen. Wenn der Käufer hier mit dem Beweise jenes Gedings auffommt, so wäre ihm schlecht damit gedient, wenn nun das Gericht annehmen wollte, weil jenes Geding verabredet gewesen, welches nun sich nicht als richtig herausgestellt habe, sei jener Kaufvertrag als gar nicht definitiv abgeschlossen zu betrachten und daher als nichtig zu behandeln: und doch würde die Konsequenz der vorbezeichneten Ansicht hiezu führen!

*) Um den Mangel an dem Erforderniß einer übereinstimmenden Willenserklärung der Contrahenten anzunehmen, und aus solchem Grunde einen Vertrag als nicht zu Stande gekommen zu behandeln, kann es selbstverständlich nicht, wie es nach einer schon früher angedeuteten Stelle in

Wetzell's Syst. d. Civ.Proz. (1865) §. 19 S. 152,

scheinen könnte, schon genügen, wenn die Betheiligten in der Folge in ihren Erklärungen über den Inhalt des Vertrags uneins: denn es kann deshalb doch bei dem Vertragsabschlusse selbst eine Uebereinstimmung der Willenserklärungen stattgehabt haben, und es ist Sache der Beweisführung, herzustellen, wie damals die Erklärungen gelautet haben. Sind dann die Erklärungen, wie sie bewiesen werden, nicht ganz deutlich gewesen, oder sind die Auffassungen der Parteien über den an und für sich nicht bestrittenen Inhalt des Vertrages verschieden, so wird es Sache des Richters, mit Hilfe der Auslegungsregeln zu ermitteln und auszusprechen, was als vermuthlicher gemeinschaftlicher Wille der Contrahenten zu betrachten sei.

§. 8.

Es erübrigt nur noch auf den einfachen Verlauf der Prozeßverhandlungen, und auf die der Natur der Sache entsprechenden Resultate, welche bei der hier vertheidigten Ansicht eintreten, und auf der andern Seite auf die Verwirrung und Unklarheit in den Ansichten der Anhänger der entgegengesetzten Ansicht bei Durchführung des von ihnen aufgestellten Prinzipes, sowie auf die sich dabei ergebenden mißlichen Consequenzen kurz hinzuweisen.

Die diesseitige Theorie sagt einfach, daß dem Beklagten obliege, sein Vorbringen der bemerkten Art zu beweisen, d. h. also im Wege eines Hauptbeweises, wie bei gewöhnlichen Einreden, welchen man hier auch als indirekten Gegenbeweis bezeichnet, darzuthun; und darnach hat auch das Beweismittel der Eideszuschiebung nur die Folge, daß der Gegentheil des Beklagten, also der Kläger, das Nichtwahrsein der beklagtischen Behauptungen zu beschwören hätte, und daß die Eidesformel selbst immer auf die in Frage stehende Verabredung in bestimmter Weise gerichtet ist.

Auf Seite der Gegner ist man nun nur soweit einig, daß weil fragliche Behauptungen ein Längnen des Klaggrundes seien, nicht der Beklagte, sondern der Kläger der beweispflichtige Theil sei. Aber bei allem Weiteren herrscht Uneinigkeit unter den Rechtslehrern jener Seite.

Weber, Verbindl. z. Beweisf. in §§. 42—44, sagt, der Kläger müsse beweisen, daß ein reiner Kauf, ohne beigefügte Bedingung, oder wie er sich auch ausdrückt, daß der Handel unbedingt geschlossen worden sei, aber, fügt er bei, auch nur dieß

Digitized by Google

(nicht auch das Nichtwahrsein der beklagtischerseits aufgestellten speciellen Bedingung, vrgl. S. 228 das.)

Im geraden Gegensatz hievon halten:

Linde, in d. Zeitschr. für Civ.R. und Proz. Bd. II. S. 118 ff.

Brackenhöft im Archiv für civ. Prax. Bd. XXII. S. 225 ff. und Andere m. s. Seuffert's Archiv XIII. 189,

es für genügend, daß sofern Beklagter eine bestimmte Bedingung behauptet, der Kläger das Nichtvorhandensein dieser bestimmten Bedingung beweise.

Die dritte Meinung ist die von:

v. Bayer, Vortr. ꝛc. §. 228 S. 739 ff. und von Reinhold in Linde's ꝛc. Zeitschr. für Civ.R. und Proz. n. F. Bd. XIII. S. 175.

Bulgiano ebenda n. F. Bd. XVI. S. 71 ff. und dem dort cit. Kienulf, Theorie des g. Civ.R. I. S. 298 ꝛc.,

daß der Kläger nicht besonders die Unbedingtheit (puritas negotii) sondern „überhaupt nur das Geschäft **wie er es behauptet**" zu beweisen habe; dies klingt etwas mehrdeutig, und wenn nach

Archiv für praktische Rechtsw. (von Dr. Emminghaus ꝛc.) Bd. VIII. S. 166 Note 2. — (Hofg. Gießen),

dieser Beweis des Klägers darthun soll, daß der Vertrag gerade des von ihm angegebenen Inhalts sei, und daß das Klaganführen eine vollständige Angabe der Vertragsbestimmungen enthalte: so kommt dieser Beweis so ziemlich auf dasselbe heraus, wie der Weber'sche Beweis der Unbedingtheit des Geschäfts.

Weber nimmt sodann nur insoweit einen direkten Gegenbeweis des Beklagten an, als dieser sich nur auf die reine Negation, daß der Vertrag nicht unbedingt geschlossen sei, bezieht (welche reine Negation, wie oben gezeigt, ganz irrelevant ist); — und den Beweis der speziellen Bedingung (was nach dem Obengezeigten allein relevant ist) betrachtet er als Beweis einer Einrede (S. 228). M. vrgl. hiergegen Gesterding im Archiv für civ. Prax. Bd. II. S. 226.

Im Gegensatz von Weber betrachtet dagegen von Bayer, obwohl er den kläger'schen Beweis nicht auf die Unbedingtheit des Geschäftes, sondern auf den Vertragsabschluß richtet, die Behauptung der Suspensivbedingung nur als direkten Gegenbeweis; erläutert aber nicht, was es für eine Folge für die Entscheidung haben würde, wenn der Beklagte diesen angeblichen direkten Gegenbeweis, welcher nach der Regel dieser Gegenbeweisart ihm nur freigestellt, und nicht geboten wäre, nicht führt. Ebensowenig ist erläutert, was es für eine Bewandniß mit der sog. Widerlegung habe, welche dem Kläger gegen jenen beklagtischen direkten Gegenbeweis noch zustehen soll. Dieser Widerlegungsbeweis des Klägers wird von

Bulgiano a. a. O. Zeitschr. für Civ.R. und Proz. n. F. Bd. XVI. S. 92,

als Elisiv-Beweis bezeichnet, und dabei wohl erfolglos nachzuweisen versucht, daß hier der Satz, „reprobatio reprobationis non datur," nicht entgegenstehe.

Die verschiedenen Theorien (und zwar Weber nicht consequent mit seinem Erforderniß des Beweises der Unbedingtheit) kommen zwar in der doch allzusehr in der Natur der Sache gelegenen Annahme überein, daß der Kläger den ihm nach ihrer Theorie obliegenden Beweis genügend geführt habe, wenn er eine Vertragsurkunde vorlegt, in welcher nur schlechthin der Vertragsschluß in wesentlichen Bestandtheilen aufgeführt ist, auch ohne daß darin ausdrücklich erwähnt wird, daß keine Bedingung verabredet worden sei; ebenso durch einen Zeugenbeweis von solchem Inhalt. Aber während nun Weber unter solcher Voraussetzung dem Beklagten die Reihe des Beweises über die Verabredung der Bedingung kurzweg und unter dem Androhen zuweist, daß sonst nur die vom Kläger dargethane Form des Vertrages beim Urtheil zu berücksichtigen wäre: macht Brackenhöft a. a. O. bei jener kläger'schen Beweisführung wieder allerlei Beschränkungen, und erklärt den dem Beklagten dagegen zustehenden Beweis des Vorhandenseins der Bedingung als bloßen direkten Gegenbeweis; allerdings ohne sich über die Tragweite und die Consequenzen dieser Bezeichnung näher zu erklären.

Brackenhöft im Archiv für civ. Pr. Bd. XII. S. 229. Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. VIII. S. 161 (die Inconsequenz Weber's betr.)

Diese Unklarheiten und Mißstände der gegnerischen Theorie treten nun besonders zu Tag, wenn der Beweis durch Eideszuschiebung geführt werden muß, was der gewöhnliche Fall ist, da Streitigkeiten der bemerkten Art besonders da vorkommen, wo keine Vertragsurkunden aufgenommen wurden.

Geht man dabei von der Theorie aus, daß der Klä-

Digitized by Google

ger das Nichtvorhandensein der speciellen vom Beklagten behaupteten Verabredung zu beweisen habe, so ist es nämlich der Kläger, welcher dem Beklagten den Eid dahin zuzuschieben hat, daß der Beklagte schwöre:

„es sei nicht wahr, daß die fragliche Bedingung nicht verabredet worden sei,"

oder in etwas besser lautender Fassung, wie in dem zuerst aufgeführten Urtheil 2. und 3. Instanz

In Sachen Faist gegen Trautwein

dahin:

„es ist nicht wahr, daß der .... Vertrag ohne die fragliche Bestimmung (daß derselbe schriftlich aufgefaßt werden müsse) — abgeschlossen worden ist ꝛc."

Wenn man dabei die doppelte Negation in den entsprechenden affirmativen Satz umwandelt, so hat der Beklagte in der That zu beschwören:

„es ist wahr, daß der Vertrag mit der fraglichen Bestimmung (daß derselbe schriftlich abgefaßt werden müsse), abgeschlossen worden ist."

Es kömmt also bei dieser Beweistheorie, sobald der Beweis nur durch Eideszuschiebung geführt werden kann, einfach immer dazu, daß der Beklagte die Behauptung, die nicht von dem Gegentheil, sondern von ihm selbst aufgestellt worden ist, auch selbst beschwören darf: ein Resultat, welches gegen den Prozeßgrundsatz anstößt, daß eine Partei ihre eigenen Behauptungen nicht unmittelbar selbst durch Eid darthun, sondern nur die Gegenpartei zur eidlichen Abläugnung derselben auffordern kann. Je mehr aber der Beklagte seine Einwendung, daß diese oder jene Bedingung dem Vertrag beigefügt worden sei, blos aus der Luft greift, um so weniger hat der Kläger die Möglichkeit gehabt, sich um Beweismittel zur Widerlegung derselben umzuthun und desto eher wird er also blos auf das Mittel der Eideszuschiebung angewiesen und damit nach dieser Theorie schutzlos der Discretion seines Prozeßgegners anheimgegeben sein.

Aehnliches tritt aber auch ein, wenn man die von Bayer'sche Theorie so auffaßt, wie in dem vornen angeführten 3. Rechtsfall, in Sachen der Obereinnehmer Fischer's Erben gegen Knittel, Haltung eines Kaufvertrags betr. — in den Urtheilen 2. und 3. Instanz geschehen ist, wenn man sich nämlich damit begnügt, daß einfach der Vertragsabschluß das Thema der Beweisführung und schließlich des von dem beweispflichtig erklärten Kläger an den Beklagten zuzuschiebenden Eides bilde. *)

Es ist schon oben angedeutet worden, daß die von Bayer'sche Beweisauflage an den Kläger, daß der Vertrag, sowie er behauptete, abgeschlossen worden sei, in verdeckter Weise eigentlich auch nur wie die Weber'sche Theorie sage, daß der Kläger die Unbedingtheit des Vertrags zu beweisen habe. Wenn nun hier noch die Eidesformel dahin geht, daß der Beklagte zu beschwören habe

„Es ist nicht wahr, daß ich von A. Fischer am .... das bezeichnete Haus um den übereingekommenen Preis von .... gekauft habe ꝛc."

so zeigen die Entscheidungsgründe, daß der Beklagte eigentlich zu beschwören habe, es sei nicht wahr, daß jener Hauskauf schlechthin, ohne die (vom Beklagten behauptete) Zusicherung der fraglichen Rentabilität geschehen sei, was in einen affirmativen Satz aufgelöst dahin geht, es sei wahr, daß der Hauskauf mit jener Zusicherung der Rentabilität geschehen sei. Es ist also auch hier wieder der Beklagte in der Lage, die von ihm selbst aufgestellte Behauptung auch beschwören zu dürfen. Nur tritt hier noch der weitere Mißstand dazu, daß jene Zusicherung der Rentabilität, also gerade derjenige Umstand, welcher allein streitig ist, und auf welchen es ankommt, nicht ausdrücklich in die Eidesformel aufgenommen ist; sondern man denselben erst mit ziemlich weitem Umwege unter den Satz „es ist nicht wahr, daß ich gekauft habe" hineininterpretiren muß. Man soll nämlich unter dem bemerkten Satz verstehen, es ist nicht wahr, daß ein perfekter Kauf, oder, da der Ausdruck „perfekt" etwas zweifelhaft ist, es ist nicht wahr, daß ein Kauf ohne Bedingung, oder bestimmter, daß ein Kauf ohne die Zusicherung einer Rentabilität stattgefunden hat. Es kann sich offenbar nicht empfehlen, daß dem Schwörenden zugemuthet wird, sich noch so Vieles in die Eidesformel hineinzudenken, und es liegt darin jedenfalls keine Garantie für den Prozeßgegner. Ohnehin kann man mit Grund mit

Schönemann in Linde's ꝛc. Zeitschrift für

*) In dieser Weise wird die v. Bayer'sche Darstellung von Gütting in Linde's Zeitschr. f. Civ.R. u. Pr. n. F. Bd. III. S. 165 ff. aufgefaßt.

Digitized by Google

Civ.R. und Proz. Bd. XIX. (1862) S. 260 bis 262 und

Dr. Kuntze in der Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verw. im K. Sachsen (v. Dr. Tauchnitz ꝛc.) Bd. XI. (1858) S. 221 —

sagen, daß das Wort Kauf in solch' besonderer Bedeutung, ebenso wie der „Vertragsabschluß" und die „Perfektion eines Rechtsgeschäftes" keine Thatsachen, sondern rechtliche Schlußfolgerungen seien, die erst aus thatsächlichen Voraussetzungen abgeleitet werden müssen und daher nur diese letzteren, keineswegs aber jene rechtlichen Schlußfolgerungen oder Urtheile geeignet wären, auf den Eid ausgesetzt zu werden. M. vrgl. §. 522 der Pr.O.

Es bedarf schließlich kaum der Widerlegung, wenn bisweilen behauptet werden will, daß bei der diesseits vertheidigten Theorie der Beklagte hinsichtlich der Beweisführung über Einwendungen der fraglichen Art gegenüber dem Kläger benachtheiligt wäre: denn wenn bei dem Vertragsabschluß diese oder jene Bedingung, Zeitbestimmung u. dgl. mit verabredet wird, so hat der betreffende Kontrahent, spätere Beklagte, ganz dieselbe Gelegenheit, die geeignete Beurkundung darüber in die Hauptvertragsurkunde oder in eine besondere Urkunde aufnehmen zu lassen, wie sie der andere Kontrahent, späterer Kläger, hat, die Beurkundung des Vertragsschlusses überhaupt, und der zu seinen Gunsten verabredeten Bestimmungen — zu bewirken.

Nach den ebenerwähnten Unklarheiten, Widersprüchen und bedenklichen Resultaten der gegnerischen Theorie, die wohl einen Rückschluß auf die Unrichtigkeit der Theorie an sich gestatten, und nach den vorstehenden Ausführungen dürfte es sich wiederholter Prüfung empfehlen, ob man wieder auf die Weber'schen und v. Bayer'schen Theorieen zurückgreifen, oder nicht vielmehr auf der neueren Auffassung, die sich nach dem Vorgang von

Stabel in den oberhofg. Jahrb. n. F. X. S. 27 ff. u. XXI. (bezw. Jahrb. f. b. Recht I.) S. 325 ff.

in verschiedenen Urtheilen Eingang verschafft hat, beharren sollte, besonders da diese Auffassung Autoritäten, wie von Savigny a. a. O., Puchta (Pand. §. 97 Vorles. u. R.R. Bd. I. S. 204 ff.), v. Wächter (Württb. Proz.R. II. S. 437. 450. 494), Keller (Pand. [1863] §. 90 S. 181) u. s. w. auf ihrer Seite hat.

Es wird schließlich auch noch auf die verschiedenen Rechtsfälle in Seuffert's Archiv, insb. auch im Bd. XII. und XIII., sodann auf die Zusammenstellung von Rechtslehrern und Erkenntnissen von der einen und andern Seite im

Archiv f. prakt. Rechtsw. (von Dr. Tauchnitz ꝛc.) Bd. VIII. (1860) S. 154—167,

und auf die dort S. 167 angeführte Bemerkung verwiesen, wornach die hier vertheidigte Ansicht in der Praxis der baierischen Gerichte bereits die Oberhand gewonnen zu haben scheine.

Jedenfalls mag die im gegenwärtigen Aufsatze gewählte etwas eingehendere Behandlung auch dazu dienen, in dieser viel erörterten Lehre einen Ueberblick über die Streitpunkte zu gewähren.

Betzinger.

102.

Wo es an einer actenmäßigen Beurkundung über die mündliche Verkündigung eines Urtheils fehlt, läuft die Nothfrist erst von dem Tage der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Urtheils. §§. 370. 1119. 1123 Pr.O.

—. Zur Anwendung des L.R.S. 273.

Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 9. Juli 1867

In Sachen

der Ehefrau des Kilian Hör von Nußbach, Ulrike geb. Rock, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

ihren Ehemann, Kilian Hör von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten

Ehescheidung betr.

Die Oberappellation muß als rechtzeitig eingeführt erachtet werden.

Nach §. 361 der Pr.O. bildet die mündliche Verkündigung des Urtheils an die anwesenden Partien die Regel, und nur der nicht erschienenen Partie soll hiernach, sowie nach §§. 364. 365 ibid. die Eröffnung durch Zustellung einer Ausfertigung geschehen, und von dieser mündlichen Verkündung, oder der Behändigung der Ausfertigung, wo diese gesetzlich geboten ist, soll der Fristenlauf beginnen.

Digitized by Google

Es waren nun zwar die Partien zu der von dem Appellationsgericht auf den 7. Dezember 1866 angeordneten Verhandlungstagfahrt vorgeladen, sie waren auch erschienen, und sind vor der Beweiserhebung vernommen worden. Allein darüber, ob dieselben, und namentlich der Beklagte, auch noch bei der nach dem Schlusse der Verhandlung erfolgten Verkündung des Urtheils anwesend waren, was, da sie durch Anwälte vertreten waren, keineswegs absolut geboten gewesen ist, und daher auch nicht als sich von selbst verstehend unterstellt werden darf, gibt das Protokoll keinen Aufschluß, und es kann sogar darum bezweifelt werden, weil der Gerichtshof, obgleich ein Verlangen hierwegen nicht gestellt war, (§. 363) beschlossen, also für nöthig erachtet hat, beiden Theilen Ausfertigungen des Urtheils zustellen zu lassen.

Hiernach fehlt es aber jedenfalls an der nach §. 370 der Pr.O. nothwendigen actenmäßigen Beurkundung über die mündliche Verkündung des Urtheils an die Parteien, und es kann daher der Fristenlauf nur von der Zeit der Zustellung der Ausfertigung des Urtheils an dieselben berechnet werden. Diese letztere ist nach der Beurkundung des Gerichtsboten erst am 19. Januar 1867 erfolgt, das Rechtsmittel aber schon am 9. j. M. angezeigt worden und die Beschwerdeschrift am 17. Februar dahier eingekommen, es sind daher beide Nothfristen gewahrt.

Die Sache selbst anlangend, so wird die von der Klägerin erhobene Ehescheidungsklage auf von ihr durch ihren Ehemann erlittene harte Mißhandlung und grobe Verunglimpfung gestützt, L.R.S. 231, und es werden zu deren Begründung insbesondere zwei Vorfälle geltend gemacht, der eine vom 17. Februar 1863, bei welchem der Beklagte seine Ehefrau an ihrem Körper verletzt hatte, — und in Folge dessen er durch hofgerichtliches Urtheil vom 21. April 1863 wegen dieses Vergehens zu einer Amtsgefängnißstrafe von vier Wochen verurtheilt worden ist, und ein späterer Vorgang vom 25. Mai 1863, gelegentlich dessen die Klägerin von ihrem Ehemann und dessen Mutter und Schwester auf gröbliche Weise beschimpft und von dem Ersteren zugleich mit abermaliger Mißhandlung bedroht worden sei.

Was nun den ersten Vorfall betrifft, so weisen die von der Klägerin angerufenen Untersuchungsacten gegen ihren Ehemann wegen Körperverletzung seiner Frau, und gegen die Mutter und Schwester desselben wegen Beihilfe vollkommen nach, daß der Beklagte seiner Ehefrau am Nachmittag des 17. Februar 1863, nachdem diese vom Bezirksamt Triberg, wo sie sich über eine am Tage vorher durch ihren Ehemann erlittene Mißhandlung beschwert hatte, nach Haus gekommen war, zuerst einige Faustschläge gab, dann aber, eine kurz vorher von seiner Mutter erhaltene Belehrung befolgend, ein an der Wand hängendes Seil ergriff, dieses 2—4fach zusammenlegte, seine Frau dann auf die Ofenbank drückte, ihr den Rock aufhob, und ihr mit dem Seile zuerst mindestens acht Streiche auf den entblößten Unterkörper und dann noch zwei Schläge von Hinten über den Kopf versetzte, womit er sie auf das linke Auge traf, das alsbald mit Blut unterlief und anschwoll, so daß die Klägerin, die am rechten Auge am Staar leidet, nichts mehr sehen konnte; und sich in diesem Zustande nach Triberg zum Amtsarzte führen ließ, nach dessen Erfund und Gutachten sich Blutunterlaufungen am rechten und eine bedeutende Geschwulst und Blutunterlaufung am linken Auge vorfanden und das Sehvermögen gestört war, und die in Folge hiervon eingetretene Arbeitsunfähigkeit eine Dauer von 20 Tagen hatte.

Diese Behandlung der Klägerin durch ihren Ehemann trägt unzweifelhaft den Charakter einer brutalen Rohheit und einer raffinirten Grausamkeit an sich, so daß man sie selbst unter Personen von dem Stande und der Bildungsstufe der Parteien als eine harte Mißhandlung im Sinne des L.RS. 231 betrachten muß, und wenn man auch annehmen kann, daß der Beklagte durch das Benehmen seiner Frau, namentlich durch Schimpfreden derselben, in seinem Affekte gesteigert worden ist, so vermag dies doch seine Handlungsweise um so weniger zu entschuldigen, als der bei dem Vorgange anwesende mütterliche Oheim des Beklagten, Peter Kuner, aussagt, daß die Schimpfreden der Frau keineswegs derart gewesen seien, daß sie eine solche rohe Mißhandlung verdient hätte, als aber ferner der Beklagte selbst sich bei dem Vorfall ebenfalls in Schimpfreden gegen seine Frau erging, und als überhaupt sein Verfahren gegen diese gewissermaßen als ein prämeditirtes, durch seine Mutter angestiftetes erscheint, und wie seine damals an seine Frau gerichteten Schlußworte: „so jetzt weißt du auch, warum du klagen gehst!" andeuten, vorzugsweise darin seinen Grund gehabt zu haben scheint, weil dieselbe wiederholt Klage bei dem Bezirksamt wegen der ihr in ihrer ehelichen Wohnung widerfahrenen Behandlung geführt hatte. Eine Ehe-

Digitized by Google

scheidungsklage, welche sich auf diese Thatsachen gestützt hätte, wäre hiernach unzweifelhaft begründet und erwiesen gewesen.

Allein eine solche Klage hat die Klägerin früher nicht erhoben, und sie ist nunmehr durch eine in Mitte liegende Versöhnung der beiden Ehegatten als erloschen zu betrachten. L.R.S. 272.

Die Klägerin ist nämlich am 31. März 1863 in Begleitung ihres Ehemannes vor dem Untersuchungsrichter erschienen, und hat in Gegenwart des ersteren erklärt, daß sie sich inzwischen mit demselben wieder ausgesöhnt habe, und deßhalb bitte, ihm die Strafe zu erlassen, welcher Bitte sich der Beklagte auf den Grund dieser Erklärung, die er zugleich bestätigte, anschloß. Hierin liegt aber der unzweideutige, vor Gericht ihrem Ehemann gegenüber abgegebene und von diesem angenommene Ausspruch der Klägerin, daß sie sich mit ihrem Ehemann versöhnt und daß sie diesem das an ihr begangene Unrecht verziehen habe, und die Klägerin hat dieß auch in ihrer Ehescheidungsklage selbst anerkannt. Es liegt also ein bereits vollzogener Versöhnungs-Act vor, und die sofortige thatsächliche Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens war zu dessen Rechtsbeständigkeit durchaus nicht erforderlich. Die Klägerin mochte, sei es zur Sammlung ihres Gemüths oder aus irgend einem andern Grunde es vorgezogen haben, noch eine Zeit lang von ihrem Ehemann und dessen Familie getrennt zu bleiben; allein daß sie sich selbst an jenen Versöhnungsact gebunden erachtete, beweist gerade der von ihr am 25. Mai gemachte Versuch, in das Haus ihres Mannes zurückzukehren.

Die Klägerin behauptet aber mit Recht, daß sie zur Unterstützung ihrer auf den späteren Vorgang vom 25. Mai 1863 gegründeten Ehescheidungsklage auf jenen Vorfall vom 17. Februar zurückzugreifen berechtigt sei.

Denn wenn auch die auf jene früheren Thatsachen zu gründende Ehescheidungsklage in Folge der eingetretenen Versöhnung als erloschen zu betrachten ist, so leben doch nach L.R.S. 273 jene Thatsachen wieder auf, wenn eine neue Ursache hinzukommt, und es kann alsdann von denselben zur Unterstützung der neuen Klage wieder Gebrauch gemacht werden. Das Gesetz geht hier unzweifelhaft von der Ansicht aus, daß die in der Versöhnung liegende Verzeihung von Seite des beleidigten Ehetheils nur in der Erwartung ertheilt worden sei, daß der andere Ehegatte sein bisheriges rechtswidriges Verhalten gegen jenen aufgebe; daß aber, wenn diese Erwartung nicht in Erfüllung geht, der beleidigende Ehegatte sich vielmehr neue Unbilden gegen den anderen Gatten zu Schulden kommen läßt, dieser Letztere nunmehr wieder befugt sein soll, jene früheren Thatsachen zu benutzen, um durch sie eine richtige Beurtheilung auch des Charakters der neuen Thatsachen vermitteln zu können.

Grolmann, Handbuch Bd. III. S. 284. 285.
Demolombe (ed. Bruxelles) T. II. p. 403 No. 422 sequ.

Als eine solche neue Ursache führt nun die Klägerin an: Als sie in Folge der stattgehabten Versöhnung am 25. Mai 1863 in die Wohnung ihres Mannes zurückgekehrt sei, hätten sie die Schwester und Mutter desselben mit den gröbsten Schimpfworten empfangen, und dieses Schimpfen, nachdem ihr Mann ebenfalls hinzugekommen gewesen, in dessen Gegenwart fortgesetzt; insbesondere hätten sie sie Luder, Kaib, Hexe, Schelm, Hure, Stockknechtshure, Waldtrafhure u. dgl. geheißen und ihr vorgeworfen, daß sie nichts ins Haus gebracht und darum auch ebensowenig Recht in der Küche habe. Ihr Ehemann habe sie hiergegen nicht nur nicht geschützt, sondern vielmehr mit seiner Mutter und Schwester gemeinschaftliche Sache gegen sie gemacht, indem er sie nicht nur mit gleichen Schimpfworten überhäuft, sondern sie auch wieder thätlich zu mißhandeln gedroht habe, indem er ihr mit der Faust vor dem Gesicht herumgefahren sei und als sich die Klägerin in Folge dieser Behandlung wieder aus dem Hause entfernt, habe ihr der Beklagte noch nachgerufen: sie könne kommen, wenn sie wolle, und gehen, wenn sie wolle.

Dieser Begründung kann weder entgegengehalten werden, daß der geschilderte Auftritt an sich von zu geringem Gewichte sei, als daß man ihn namentlich mit Rücksicht auf die niedere Bildungsstufe der Parteien als eine grobe Verunglimpfung der Klägerin erachten könne, noch auch, daß die Klägerin selbst ihn nicht dafür angesehen haben müsse, weil sie von dem Vorgange bis zur Klagerhebung fast drei Jahre habe verstreichen lassen.

Der L.R.S. 273 sagt nämlich nicht, daß die neue Ursache für sich allein einen zureichenden Scheidungsgrund abgeben müsse, und es läßt sich auch nicht annehmen, daß dies zu bestimmen beab-

Digitized by Google

sichtigt war; denn wenn die neuen Thatsachen schon an sich einen zur Scheidung genügenden Grund darstellen müßten, ließe sich nicht erkennen, zu welchem Zwecke das Gesetz dem beleidigten Gatten noch gestatten sollte, die früheren Thatsachen bei der neuen Klage und zwar zur Unterstützung der neuen Scheidungsursache mit zu benützen. Man muß vielmehr annehmen, daß das Gesetz gerade den Fall im Auge gehabt hat, daß die neueren Thatsachen für sich allein einen zureichenden Scheidungsgrund nicht darstellen, und daß für einen solchen Fall dem beleidigten Ehetheil die Möglichkeit gewährt werden sollte, durch Mitbenützung der älteren Scheidungsgründe die Fortdauer der feindseligen Gesinnung des andern Ehegatten gegen ihn darzuthun.

Grolmann loc. cit.

Demolombe l. c. No. 423.

Ebensowenig schreibt aber das Gesetz eine Frist vor, innerhalb welcher, von der Zeit der Entstehung des Scheidungsgrundes an, die Ehescheidungsklage erhoben werden müsse, und man könnte daher, wenn man überhaupt eine Erlöschung der Befugniß hiezu durch einen bestimmten Zeitablauf annehmen wollte, nur eine dreißigjährige Verjährung — der Scheidungsklage als Erlöschungsgrund entgegen halten. Zachariä III. §. 477 S. 95. Allerdings kann ein längere Zeit dauerndes Stillschweigen des beleidigten Ehegatten in dem Falle von Erheblichkeit sein, wenn es unter Umständen erfolgt ist, daß daraus auf eine eingetretene Versöhnung geschlossen werden kann. Demolombe l. c. p. 396 No. 409.

Solche Umstände liegen aber hier nicht vor; vielmehr spricht wohl die Thatsache ganz entschieden gegen die Annahme, die Klägerin habe sich auch nach dem Vorgange vom 25. Mai 1860 mit ihrem Manne versöhnt, und ihm die erlittenen Unbilden verziehen, daß sie seit jenem Vorfalle getrennt von ihrem Ehemanne lebt, und sich bei ihrem Bruder aufhält, daß sie sich hiermit also nicht nur alle Vortheile des ehelichen Lebens entzogen hat, und dagegen augenscheinlich eine untergeordnete, weil nur geduldete Stellung einnimmt, sondern daß sie indessen, was wohl noch schwerer in die Wagschale fällt, auch getrennt von ihrem einzigen Kinde leben mußte, was Alles wohl zureichend zu erkennen gibt, daß die Klägerin es für unmöglich hält, nach den erlittenen Unbilden noch fortan mit ihrem Mann zusammen zu leben.

Was nun den Beweis des Vorfalls vom 25. Mai betrifft, so sind die Gerichte bei der Prüfung des Ergebnisses der Beweisführung nach §. 1045 der Pr.O. nicht an bestimmte Beweisregeln gebunden, sondern es entscheidet lediglich die innere Ueberzeugung derselben, und bei dieser Prüfung muß wohl auch der Inhalt der angerufenen früheren Untersuchungsacten, die Körperverletzung der Klägerin durch ihren Ehemann betreffend, als Hilfsmittel mit benützt werden rc.

Wenn nun auch dieser letztere Vorgang für sich allein nicht als ein vollgenügender Scheidungsgrund betrachtet werden könnte, so darf er doch, wie gezeigt, mit den früheren Vorgängen, und namentlich mit jenem vom 17. Februar um so mehr in Verbindung gebracht und durch diesen erklärt werden, als beide gewissermaaßen von der gleichen Natur sind, indem dieser eine physische, jener aber eine moralische Mißhandlung enthält; diese letztere zeigt aber genügend, daß der Beklagte, trotz der ihm von seiner Frau wegen des Vorfalles vom 17. Februar zu Theil gewordene Verzeihung, noch von der gleichen feindseligen Gesinnung gegen dieselbe beseelt ist, wie bei jenem Vorfalle vom 17. Februar.

Unter diesen Verhältnissen muß aber dem Vorgang vom 25. Mai jedenfalls der Charakter einer groben Verunglimpfung im Sinne des L.R.S. 231 beigelegt werden, und es ist hiernach erklärlich, daß der klagenden Ehefrau ein ferneres Zusammenleben mit ihrem Ehemann unerträglich erscheinen muß; es kann ihr daher ein solches auch nicht zugemuthet werden, sowie denn überhaupt ein friedliches Fortbestehen der Ehe unter den vorliegenden Umständen und bei der Charakteranlage des Beklagten gar nicht zu erwarten ist.

Zur Entkräftung der Klage hat sich der Beklagte darauf berufen, daß die Klägerin durch eigne Handlungen am 17. Februar den Affect des Beklagten verschuldet habe, indem sie vorher ohne Wissen des Ehemanns und seiner Mutter, welche Letztere noch Miteigenthümerin des gesammten Vermögens sei, ein Paar Stiere verkauft, und außerdem noch den Beklagten und seine Mutter des schweren Verbrechens der Blutschande beschuldigt habe.

Allein wenn auch das Verhalten des klagenden Ehetheils bei der Beurtheilung der dem Beklagten zur Last gelegten rechtswidrigen Handlungen, namentlich in wie weit er selbst zu denselben Veranlassung gegeben hat, in Berücksichtigung gezogen werden muß, um darnach

Digitized by Google

die Schwere der dem Beklagten zum Vorwurf gemachten Handlungen zu würdigen, so kann doch hierdurch eine selbst nach Berücksichtigung jener Thatsachen als begründet erfundene Scheidungsklage nicht entkräftet werden. §. 66 lit. c der Eheordnung.

Abgesehen nun davon, daß wenn auch jene Behauptungen des Beklagten wahr wären, und wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vorfall am 17. Februar stünden, hierdurch in keiner Weise jene rohe Mißhandlung der Klägerin durch ihren Ehemann entschuldigt werden könnte, so ist hinsichtlich des angeblichen Verkaufs der Stiere nicht einmal angegeben, wann er stattgehabt haben soll, es läßt sich daher gar nicht beurtheilen, welchen unmittelbaren Einfluß derselbe auf die Mißhandlung vom 17. Februar hatte; ebenso wenig ist aber bezüglich des Vorwurfs der Blutschande behauptet und nachgewiesen, daß ein solcher Vorwurf von der Klägerin unmittelbar vor jener Mißhandlung vom 17. Februar ausgestoßen worden sei, vielmehr dürfte sich das Gegentheil hiervon aus der Aussage des Peter Kuner, eines Augenzeugen jenes Vorfalls, ergeben, nach welcher die Klägerin damals keineswegs so arg geschimpft hat, daß sie ein solch' brutale Mißhandlung verdient hätte.

Was aber den Vorgang vom 25. Mai betrifft, so vermag bezüglich dessen der Beklagte seiner Ehefrau gar nichts zur Last zu legen; und in der That kam diese damals mit vollkommen friedlichen Absichten in die Wohnung ihres Ehemanns zurück, und hat hier nicht den mindesten Anlaß zu der ihr widerfahrnen Behandlung gegeben; es kann diese daher ihren Grund nur in dem tief gewurzelten Haß des Beklagten und seiner Verwandten gegen die Klägerin gehabt haben 2c.

Red.

103.

Oberhofgerichtliche Entscheidung über die rechtliche Natur des Schulvermögens.

Im Jahr 1803 wurde behufs Herstellung eines katholischen Schulhauses in Steinsfurth (Amt Sinsheim) aus Mitteln des dortigen katholischen Heiligenfonds ein dem Jakob Kramer gehöriges Grundstück nebst darauf befindlichem Hause für 1190 fl. erworben.

Dieser Kauf wurde von dem fürstlich Leiningen'schen Justizamte als damaliger Aufsichtsbehörde für die katholische Kirchspielsgemeinde Steinsfurth genehmigt und noch im Jahr 1803 auf den Namen dieser Kirchspielsgemeinde in das Steinsfurther Grundbuch eingetragen. Der dortige Heiligenfond bestritt in den Jahren 1805/6 die ziemlich bedeutenden Kosten der baulichen Einrichtung des so erworbenen Schulhauses, sowie im Jahr 1834/35 diejenigen eines neuen Schulhauses, welches nach Abbruch des alten auf demselben Platze aufgeführt wurde.

Noch im Jahre 1835 anerkannte die politische Gemeinde Steinsfurth das Eigenthumsrecht der katholischen Kirchspielsgemeinde an diesem Hause, indem sie sich durch Vertrag vom 4. Februar 1835 der Letztern gegenüber verbindlich machte, das Bauholz zum damaligen Neubau, sowie zu künftigen Schulbauten unentgeldlich zu liefern. Dieser Vertrag wurde auch von den beiderseitigen Aufsichtsbehörden genehmigt.

Im Jahre 1864 erklärte sich jedoch plötzlich die politische Gemeinde Steinsfurth, zum größten Theil aus Protestanten bestehend, für die Eigenthümerin fraglichen Schulhauses, weil sie in späterer Zeit einigen Bauaufwand für dasselbe bestritten habe, und ließ es zu ihren Gunsten umsteinen.

Auf die hiewegen erhobene Anzeige ließ der katholische Oberstiftungsrath beim Kreisgericht zu Heidelberg Namens des Heiligenfonds zu Steinsfurth und der katholischen Kirchspielsgemeinde daselbst gegen die politische Gemeinde Steinsfurth auf Anerkennung des Eigenthums an fraglichem Schulhause Klage erheben.

Das Kreisgericht Heidelberg erachtete den Anspruch des Heiligenfonds sachlich nicht für begründet und warf bezüglich der katholischen Kirchspielsgemeinde die Frage auf, „ob der Oberstiftungsrath in Schulsachen (!) legitimirt erscheine, für jene Gemeinde vor den Gerichten aufzutreten."

Das Kreisgericht verneinte diese Legitimation und wies die Klage ab.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 34.**

(Schluß von Art. 103.)

Zu demselben Ergebniß gelangte der Appellationssenat des Kreis- und Hofgerichts Mannheim, indem derselbe sogar annahm, daß die von klagender Seite angegebenen Erwerbungsthatsachen nach den Grundsätzen, welche die Gesetze vom 26. April 1808 (Bauedikt) und vom 28. August 1835 (Schulgesetz) aufgestellt haben, gerade das Eigenthum der weltlichen Gemeinde an dem streitigen Schulhause begründeten.

Auf die ausgeführte Oberberufung entschied das großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 22. Juni l. J., No. 1356:

„Die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern, daß die Klage, insofern sie für den katholischen Heiligenfond in Steinsfurth erhoben worden, abzuweisen, daß dagegen gegenüber der klagend aufgetretenen katholischen Kirchengemeinde die beklagte politische Gemeinde Steinsfurth für schuldig zu erklären sei, das in der Klage bezeichnete Schulhaus daselbst als deren Eigenthum, jedoch unbeschadet der Widmung desselben als katholischen Schulhauses*), anzuerkennen.

An den Kosten aller drei Instanzen habe der klagende Heiligenfond zu Steinsfurt $^1/_4$tel, die beklagte politische Gemeinde Steinsfurth $^3/_4$tel zu tragen."

V. R. W.

Die wichtigsten Stellen der Entscheidungsgründe sind:

„Was den ersteren Punkt (den Anspruch der Kirchspielsgemeinde) betrifft, so bietet unsere Landesgesetzgebung aus der hier maaßgebenden Zeit genügende Haltpunkte dafür, daß die betreffende Kirchengemeinde oder das Kirchspiel als Eigenthümerin des örtlichen Kirchenvermögens, und insbesondere von Kirchen- und confessionellen Schulgebäuden zu betrachten ist.

So bestimmt §. 9 des Constitutionsedikts vom 14. Mai 1807, daß jede Kirche ohne Unterschied der Confession Eigenthums berechtigt ist, und alles dasjenige Eigenthum an Liegenschaften u. s. w., das sie dermalen zum Gebrauch ihrer Kirchen, Pfarr- und Schuleinrichtungen besitzt, behalte; demzufolge redet §. 10 desselben Constitutionsedikts von Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden und kirchlichem Vermögen, das den Kirchspielen der einen oder andern Confession angehört, wie auch schon Ziff. XVIII. des III. Organisations-Edikts über Religionsübung vom 11. Hornung 1803 unter Hinweisung auf die bekannte deßfallsige Bestimmung des Reichsdeputationshauptschlusses sich in ähnlicher Weise ausgesprochen hatte. Ebenso wird in §. 77 der katholischen Kirchencommissionsordnung vom 31. October 1803 bei Kirchen- und Schulbaulichkeiten im Allgemeinen das Kirchspiel als diejenige Persönlichkeit angenommen, welche dabei hauptsächlich betheiligt und zu vertreten ist. Von gleicher Auffassung wird in §. 9 der Verordnung vom 3. November 1807 Reg.-Bl. No. 39 und in dem oberhofgerichtlichen Plenarbeschlusse vom 7. Dezember 1844, oberhofg. Jahrb. n. F. VIII. Seite 425/26, insbesondere Ziff. 3 und 4 und ebendaselbst Seite 414/16 Note — ausgegangen.

Daß hienach auch die Schulgebäude als Eigenthum des betreffenden confessionellen Kirchspiels angesehen werden, erklärt sich dadurch, daß solche damals sowohl nach gemeinem Rechte zu Reichszeit dem Kirchenvermögen beigezählt wurden, — Zöpfl, Staatsrecht (gemeines deutsches) 5. Aufl. §. 537 Bd. II. S. 866 — als auch insbesondere in unserer Landesgesetzgebung als kirchliche Zubehörden galten, wie schon aus den oben angeführten Gesetzesstellen hervorgeht, und wie sich weiter daraus ergibt, das in §. 84 der evangelischen Kirchenrathsinstruktion von 1797 und im §. 77 der katholischen Kirchencommissionsordnung vom 31. Oktober 1803, die Schulen unter den kirchlichen Anstalten und die Kirchspielsschulbaulichkeiten unter den kirchlichen Bauten aufgeführt werden, so wie solche ebendaselbst als Kirchspielsschulen, so wie in §. 29 d. Bauedikts als Pfarrschulen bezeichnet werden.

*) welche übrigens nicht bestritten worden war.

Digitized by Google

— — Was nun noch das von den Vorderinstanzen mehrfach angerufene neuere Gesetz vom 28. August 1835 (§. 79) betrifft, nach welchem die Baulast zu Schulhäusern nicht mehr auf das Kirchspiel, sondern schlechthin auf die politische Gemeinde fallen soll, so kann dasselbe nach dem bekannten Rechtsgrundsatze des Verbots einer rückwirkenden Kraft der Gesetze nur für, seiner Verkündigung nachfolgende, Rechtsverhältnisse Norm geben, dagegen die unter der früheren Gesetzgebung bereits endgiltig begründeten Rechte nicht mehr ändern; insbesondere also das wohlerworbene Eigenthum der katholischen Kirchengemeinde an dem, laut Grundbuchseintrag vom Jahr 1803 von den Kirchenvorstehern angekauften, im Jahr 1834 wieder aufgebauten katholischen Schulhause nicht zernichten.

Von gleicher Auffassung geht auch die großh. Staatsverwaltungsbehörde in dem, in den Verhandlungen erwähnten Erlasse großh. Ministeriums des Innern vom 22. September 1837, No. 8635, aus, nach welchem das nach Maaßgabe der früheren Gesetzgebung von einer confessionellen Gemeinde an einem Schulhause bereits erworbene Eigenthum auch nach dem Eintritt des neuen Schulgesetzes als noch fortdauernd behandelt wird.

Was endlich den Legitimationspunkt betrifft, der hier zweckmäßiger nach Behandlung der Hauptsache erörtert wird, so ist der auf klagender Seite aufgetretene katholische Oberstiftungsrath zur rechtlichen Vertretung des katholischen Heiligenfonds zu Steinsfurth als eines Theils des katholischen Ortskirchenvermögens daselbst nach den §§. 10 und 14 des Gesetzes vom 9. Oktober 1860, so wie den §§. 4. 5 und 11 der landesherrlichen Verordnung vom 20. November 1861 unzweifelhaft legitimirt. Diese Legitimation des katholischen Oberstiftungsraths ist aber auch für den, Namens der katholischen Kirchengemeinde erhobenen Anspruch anzunehmen. Die Klage bezweckt nämlich die Geltendmachung eines bereits unter der frühern Gesetzgebung und also nach den deßfalls oben aufgestellten Grundsätzen als Bestandtheil des ortskirchlichen Vermögens begründeten Eigenthums. Das katholische Ortskirchenvermögen in seinem vollen Complexe, welcher, wie der Wortlaut des §. 5 der erwähnten Verordnung von 1861 zeigt, keineswegs auf die dort ausdrücklich aufgeführten Bestandtheile beschränkt werden darf, umfaßt also auch den vorwürfigen vermögensrechtlichen Anspruch, und der katholische Oberstiftungsrath ist daher nach den angeführten §§. 10 und 14 des Ges. vom 9. Oktober 1860 und den §§. 4. 5 und 11 der landesherrlichen Verordnung vom 20. November 1861 auch hier zur rechtlichen Vertretung berufen."

Durch diese Entscheidung ist anerkannt:

1) daß das sog. Schulvermögen nach gemeinem Rechte, so wie nach der früheren badischen Landesgesetzgebung, Kirchenvermögen und Eigenthum der Kirchspielsgemeinden war;
2) daß dieses privatrechtliche Eigenthum der Kirche und der Kirchspielsgemeinden durch die spätere badische Gesetzgebung nicht alterirt worden ist und rechtsgültig nicht alterirt werden konnte.

W. Amann, Referendär.

104.

Anfechtung einer Vermögensabsonderung nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils durch Bemängelung der Rechtzeitigkeit des Vollzugs.

In Sachen
mehrerer Gläubiger gegen die Gantmasse des David Altstädter in Weinheim, —
hier in Sachen
des Handlungshauses A. S. Herrmann und Brother in New-York, Kläger, Appellaten, der Gantmasse und des David Altstädter, gleichfalls Appellaten, erstere Beide Oberappellanten
gegen
die Ehefrau des David Altstädter in Weinheim, Beklagte, Appellantin, Oberappellatin,
Anfechtung einer Vermögensabsonderung betreffend.

Die von den Klägern angefochtene Vermögensabsonderung war am 10. Juni 1863 erkannt und später der Ausbruch des Zahlungsunvermögens des David Altstädter auf denselben Tag festgesetzt worden. Am 27. Juni 1863 stellte die Klägerin den Antrag auf Vollzug der erkannten Vermögensabsonderung; das großh. Amtsgericht verfügte aber, weil die in L.R.S. 1444 bezeichnete Frist noch nicht abgelaufen war, die Wiedervorlage dieser Eingabe und auf Wiedervorlage derselben am 10. Juli den Vollzug, welcher erst nach Ablauf jener Frist begonnen wurde.

Digitized by Google

Die Kläger nahmen hiervon Anlaß, das Urtheil und dessen Vollzug als nichtig anzufechten und erwirkten in erster Instanz ein günstiges Urtheil, wurden jedoch in beiden obern Instanzen abgewiesen von — grßh. Oberhofgericht mit Urtheil vom 7. März 1867 aus folgenden

Gründen:

x. Die in der Schlußverhandlung wieder aufgestellte Behauptung der Nichtigkeit des Absonderungsurtheils, weil es lediglich auf das vom Ehemann der Beklagten abgelegte Zugeständniß der Klagthatsachen erlassen worden sei, erscheint als unbegründet, weil das vorschriftsmäßig veröffentliche und daher auch der Möglichkeit des Angriffs von Seite der betheiligten Gläubiger unterliegende Urtheil rechtskräftig geworden ist, ohne daß ein solcher Angriff rechtszeitig stattgefunden hat, auch das Zugeständniß des Ehemanns — abgesehen davon, daß dessen Beweiskraft erst durch §. 1058 Abs. 2 der Pr.O. vom Jahr 1864 Beschränkungen unterworfen wurde, — durch die Thatsache der alsbald darauf erfolgenden Ganteröffnung gegen denselben mit Festsetzung des Gantausbruchs auf den 10. Juni 1863 volle Bestätigung erhalten hat.

Ferner ist der Vollzug der Vermögensabsonderung zur rechten Zeit geschehen. Wenn gleich der am 27. Juni 1863 gestellte Antrag auf Vollzug verfrüht war, obwohl damals schon das Absonderungsurtheil dem Ehemann verkündet und der Ehefrau behändigt gewesen ist, so muß jener Antrag, da er nicht zurückgenommen worden, am 10. Juli, an welchem Tage der Vollzug angeordnet wurde, als noch fortdauernd angesehen werden, so daß der Urtheilsvollzug nicht von Amtswegen, sondern auf Verlangen der Ehefrau verfügt worden ist. — An diesem Tage hatte aber das Urtheil gegenüber dem Ehemann nach §. 350 der Pr.O. die Rechtskraft erlangt. Jedenfalls also, mag man den Anfang der 14tägigen Frist des L.R.S. 1444 vom Tag der Urtheilseröffnung oder vom Tag, an welchem das Urtheil die Rechtskraft beschritten, an rechnen, hat innerhalb derselben die Ehefrau den Urtheilsvollzug nachgesucht. Wenn nun inzwischen bis zum Beginn des Vollzugs die 14tägige Frist verstrichen war, so kann man diese Verzögerung nicht der Ehefrau zum Verschulden rechnen und sie darunter leiden lassen, da sie ihrerseits mehr nicht thun konnte, als rechtzeitig das Gesuch um Urtheilsvollzug *stellen* und es im Uebrigen nicht in ihre Macht gegeben war, nunmehr auch den Anfang des Vollzugs und dessen ununterbrochenen Fortgang zu bewirken.

Durch jene von der Ehefrau innerhalb der Frist vorgenommene Handlung, durch welche sie ihre ernstliche Absicht der Urtheilsvollstreckung dargethan hat, und auf welche auch die Vollstreckung selbst gefolgt ist, hat sie die Frist des L.R.S. 1444 gewahrt.

M. vrgl. Magazin für bad. Rechtspflege III. 151 ff.
Red.

105.

1) Ist in einem Rechtsstreite zuerst die Prozeßlegimation des Klägers oder die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes zu erörtern, wenn Beide bestritten sind?

2) Sind die Gerichte zuständig zur Verbescheidung einer Besitzklage, wenn diese *nur* darauf gegründet wird, daß in der entscheidenden Zeit des §. 662 Ziff. 1 der Pr.O. der eine Confessionstheil in einer *Simultankirche* gewisse gottesdienstliche Handlungen vorgenommen habe, und er an der ferneren gleichmäßigen Ausübung dieser Art der gottesdienstlichen Handlungen durch Errichtung eines festen Altars von Seiten des anderen Confessionstheiles gestört werde?

Pr.O. §. 655. 662 Ziff. 1, 1. 2.
Annalen 1866 No. 24, unter der Aufschrift: *Simultankirche.*

In Ottenheim besteht eine Simultankirche, in welcher Katholiken und Protestanten seit sehr langer Zeit ihren Gottesdienst halten. Die Katholiken haben darin drei feststehende Altäre. Die Protestanten besaßen — jedenfalls in den letzten Decennien — keinen festen Altar. Ihr Altar war auf Rollen befestigt, und wurde vor dem Gottesdienst in die Mitte der Kirche geschoben, und nach Beendigung des Gottesdienstes wieder entfernt. Der protestantische Oberkirchenrath that den Ausspruch, daß zur würdigen Feier des protestantischen Cultus ein feststehender Altar nothwendig sei. Ein weiterer Gegenstand der Beschwerde der Protestanten war die Aufstellung des Traghimmels und der Kirchenfahnen mitten in der Kirche.

Digitized by Google

Es wurde nun von dem protestantischen Oberkirchenrathe im Jahre 1863 eine Klage angestellt, worin die Beseitigung der zuletzt genannten Geräthe während des protestantischen Gottesdienstes, und die Zulassung der Errichtung eines feststehenden Altars bei der *Verwaltungsbehörde*, dem Amte Lahr, begehrt wurde. In der Klage selbst ist unter Anderem angeführt, daß im Normaljahre 1624 die Kirche rein protestantisch, im Jahre 1651 in Ottenheim nur 1 Katholik, im Jahre 1684 erst 5 katholische Familien gewesen, und daß erst in Folge der Bedrückungen der katholischen Linie des Hauses Baden die Rechte der Protestanten so weit eingeschränkt worden seien, daß man die ihnen früher allein zustehende Kirche in eine Simultankirche umgewandelt habe.

Auf diese Klage antwortete — nicht der Oberstiftungsrath, sondern — die Stiftungskommission. Sie machte ihrerseits geltend, daß die Kirche ihrer ganzen Bauart und Einrichtung nach, eine rein katholische sei, in welcher man die Protestanten nur zugelassen habe*). Sie schützte aber in erster Reihe die Unzuständigkeit der Verwaltungsbehörde vor und verlangte, daß die Gerichte über die Klage entscheiden sollten. Das Amt Lahr verwarf die Einrede der Unzuständigkeit, indem es auszuführen suchte, daß es sich hier um die Regelung der beiderseitigen Befugnisse in Ausübung ihrer gottesdienstlichen Verrichtungen, hiermit um eine Frage öffentlich-rechtlicher Natur handle. Die Kreisregierung hob jedoch das Erkenntniß auf, und überließ den Betheiligten, ihre Streitigkeit vor dem Richter oder den beiderseitigen Kirchenbehörden in's Reine zu bringen, wenigstens theilweise davon ausgehend, daß hier das Eigenthum an der Kirche selbst einen Theil des Streites bilde.

Das im Oberrekurs angegangene Ministerium des Innern bestätigte das Erkenntniß der Kreisregierung mit dem einfachen Entscheidungsgrunde, daß „zu einem *polizeilichen* Einschreiten eine genügende Veranlassung nicht vorliege."

Am 23. November 1865 wurde nun in der Ottenheimer Kirche ein feststehender Altar errichtet, angeblich von dem protestantischen Kirchengemeinderathe. Dies gab Veranlassung zu einer *Besitzklage*, welche vor der II. Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg zur Verhandlung kam. Diese Klage ist rubricirt: J. S. des *katholischen Kirchenfiskus* gegen die evangelische Kirchspielsgemeinde Ottenheim, Besitzstörung betreffend. Unter dieser Rubrik hat auch der kath. Oberstiftungsrath dem Anwalte W. Vollmacht ausgestellt. Im Eingange der Klage sagte dieser Anwalt, daß ihn der Oberstiftungsrath „*als gesetzlicher Vertreter der Pfarrei und des Heiligenfonds*" beauftragt habe, die Klage zu erheben.

Die Civilkammer wies die Klage ab. Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„In dem vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich nicht um einen bestimmten Theil des örtlichen Kirchenvermögens, sondern nur um die Regulirung der gegenseitigen Grundrechte an der Kirche. Da nun der Kläger weder ein Eigenthums- noch ein Miteigenthumsrecht an der Kirche behauptet, so wird der *Bestand* des örtlichen Kirchenvermögens durch diesen Streit auch nicht berührt. An dem Streite ist daher nicht der Vertreter des örtlichen Kirchenvermögens, sondern nur die Gesammtheit der katholischen Ortsangehörigen, *die katholische Kirchspielsgemeinde*, welche in ihrem Genuß- und Gebrauchsrecht an der Kirche gestört wurde, betheiligt, und es kann daher auch nur sie als Klägerin zur Wahrung dieser gestörten Rechte auftreten. Der als Kläger aufgetretene katholische Kirchenfiscus war daher wegen mangelnder Sachlegitimation mit der erhobenen Klage abzuweisen."

Hiegegen hat der Oberstiftungsrath die Berufung ergriffen. In der Verhandlung machte er geltend, daß „es sich hier nicht um die Regulirung der Genußrechte an der Kirche handle, sondern um die Herstellung eines Mauerwerks an einem kirchlichen Bauwesen," u. s. w. Der appellatische Anwalt bestritt sowohl die Legitimation des Oberstiftungsrathes, als die Zuständigkeit der Gerichte. Darauf erging ein abänderndes Urtheil dahin, daß die Klage *vor den bürgerlichen Gerichten* nicht stattfinde, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

Die Vorbedingung jeder Thätigkeit der bürgerlichen Gerichte ist, daß eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ihnen

*) Es war ein Vergleich abgeschlossen worden, wonach der Altar der Protestanten mitten in der Kirche befestigt, ein gehöriger Raum um denselben freigelassen werden sollte, so daß die Prozessionen und Bittgänge ungestört um den Altar sich bewegen konnten. Der Vergleich scheiterte jedoch, weil die katholische Oberkirchenbehörde denselben nur unter der Bedingung genehmigen wollte, daß die Protestanten das Alleineigenthum der Katholiken an der Kirche anerkennen sollten, was zu thun man Anstand nahm. D. E.

Digitized by Google

zur Verhandlung und Entscheidung vorliege. Sonst sind ihre Verfügungen und Entscheidungen nichtig. Pr.-O. §. 1. 2. Ehe daher zu untersuchen ist, ob es nach der dermaligen Organisation und Gesetzgebung einen „katholischen Kirchenfiscus," in dessen Sache gegen die Beklagten von dem Oberstiftungsrathe dem Anwalte W. die Vollmacht ausgestellt ist, gibt, ob der Oberstiftungsrath berechtigt ist, die Pfarrei zu vertreten, als deren „gesetzlicher Vertreter" er in der Klage bezeichnet wird, ob unter dem Ausdrucke „Heiligenfond" das ganze örtliche Kirchenvermögen, oder nur einzelne und gerade die hier angeblich in Frage liegenden Theile desselben verstanden werden können, und ob endlich der Oberstiftungsrath berechtigt ist, ohne einen zustimmenden Beschluß der Ortsstiftungskommission einen Rechtsstreit zu beginnen, — ehe der Legitimationspunkt in diesen verschiedenen Richtungen zu prüfen ist, ist zu untersuchen, ob hier den bürgerlichen Gerichten eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zur Verhandlung und Entscheidung unterbreitet wird.

Die Klage stellt sich als eine Besitzklage dar. Es muß daher die Störung eines auf privatrechtlichem Titel beruhenden Besitzes behauptet werden.

Dieß ist nicht geschehen. Es ist in der Klage behauptet, und in den Verhandlungen nirgends widersprochen worden, daß die Ottenheimer Kirche eine sog. Simultankirche ist, d. h., daß sie beiden Confessionen zur Ausübung ihres Gottesdienstes dient.

Es ist in der Klage behauptet worden, daß der Platz, wo jetzt angeblich von der Beklagten ein feststehender Altar errichtet worden ist, der Ausübung des katholischen Gottesdienstes gedient habe, und daß jetzt nicht mehr, oder doch nicht den Vorschriften des katholischen Ritus in würdiger Weise entsprechend, die Prozession von dem Hauptaltar aus gehalten, die Bittgänge vollzogen, und die Tumba aufgestellt werden könne, und daß während der in der Pr.O. §. 662 vorgeschriebenen Zeit gerade an, oder über jenem Platz diese gottesdienstlichen Handlungen ausgeübt, und durch die Errichtung des Altars der Besitz in dieser Ausübung des Gottesdienstes gestört worden sei.

Von der Beklagten wird dagegen behauptet, daß zur würdigen Ausübung des protestantischen Gottesdienstes ein feststehender Altar nothwendig sei, in einer Simultankirche die Protestanten daher ebenso berechtigt seien, einen feststehenden Altar zu ihrem Gottesdienste zu errichten, wie es den Katholiken zukomme, die Berechtigung anzusprechen, einen feststehenden Altar zur Ausübung ihrer gottesdienstlichen Handlungen zu besitzen, daß daher in der Errichtung eines Altars nicht die Störung eines den Katholiken ausschließlich zustehenden Rechtes der Ausübung ihres Cultus erblickt werden könne, indem die berechtigte Errichtung eines Altars zwar eine unbedeutende Aenderung, aber keine Störung in der Uebung des Gottesdienstes zur Folge habe. Gegenstand des Streites ist daher der Sache nach die Frage, ob ein wesentlicher Theil des protestantischen Gottesdienstes eines feststehenden Altars bedürfe, und wie die gegenseitigen Befugnisse der beiden Confessionen in der fr. Simultankirche zu regeln seien. Daß die Entscheidung der Frage, ob für den protestantischen Gottesdienst ein feststehender Altar nothwendig sei, nicht privatrechtlicher Natur ist, bedarf einer Ausführung nicht. Ebensowenig ist aber ein Gegenstand der Beurtheilung durch den bürgerlichen Richter die Frage, ob in einer Simultankirche, in welcher dem Begriffe des Simultaneum's gemäß, wenn nicht besondere Gründe etwas Entgegenstehendes bewirken, einem jeden der berechtigten Confessionstheile die volle Ausübung ihres Gottesdienstes zusteht, etwa wegen mangelnden Raumes, oder nach der Beschaffenheit der für den einen Ritus besonders wichtigen gottesdienstlichen Handlungen Beschränkungen des einen, oder beider Confessionstheile in Ausübung ihrer gottesdienstlichen Handlungen nothwendig sind, und wie die gegenseitigen Befugnisse zu regeln sind, damit jedem Theile die geringste Belästigung zu Theil werde? —

In beiden Fragen würde es dem bürgerlichen Richter an jeder Norm für seine Verhandlungen und Entscheidungen gebrechen; er würde sich auf den Boden der Willkühr begeben, oder durch Rücksichten des öffentlichen Wohles sich leiten lassen müssen.

Letzteres aber steht da, wo nicht bestimmte Gesetze oder Verordnungen als Richtschnur für besondere Verhältnisse bestehen, nur den Verwaltungsbehörden zu.

Es ist nun behauptet worden, daß durch das Gesetz vom 9. October 1860, wodurch den beiden christlichen Kirchen eine freie und selbstständige Stellung in dem Staate verliehen und durch dessen §. 17 das I. Constitutionsedikt von 1807 aufgehoben worden ist, den Verwaltungsbehörden das Recht entzogen worden sei, in kirchlichen Dingen eine Entscheidung zu treffen.

Durch das Gesetz vom 9. October 1860 ist zwar

Digitized by Google

allerdings das gedachte Edikt und damit auch dessen §. 10, in welchem unter ausdrücklichem „Ausschlusse der gerichtlichen Klage" der Staatsgewalt vorbehalten worden war, „jedem Theile gleichheitlich und billig seine separate Kirchenconvenienz zuzuweisen," mit aufgehoben worden. Daraus folgt aber nicht, daß den Staatsverwaltungsbehörden nunmehr untersagt sei, da wo Rücksichten des öffentlichen Wohles es erheischen, und wo nicht specielle Gesetze maßgebend sind, eine Entscheidung im Wege der vorübergehenden Anordnung oder der endgültigen Entscheidung zu treffen.

So lange vielmehr nicht über den beiden Kirchen eine besondere Behörde durch ein specielles Gesetz eingesetzt ist, welche deren sich widerstreitende Ansprüche, die nicht aus privatrechtlichen Titeln hergeleitet werden, zu entscheiden berufen ist, liegt es in der Natur der Sache selbst, daß die Ausübung der Gottesverehrung, als eines der heiligsten Mittel zur Vervollkommnung der in den großen Corporationen der beiden christlichen Kirchen vereinigten Staatsbürger, und somit als ein Gegenstand der öffentlichen Wohlfahrt eine Beurtheilung und Entscheidung von Seiten jener Behörden finden muß, welche gerade dazu berufen sind, der öffentlichen Wohlfahrt ihre Dienste zu weihen. Dies aber sind die Verwaltungsbehörden.

Wäre es auch richtig, daß durch das Gesetz vom 9. October 1860 den Verwaltungsbehörden unbedingt jede Cognition in kirchlichen Dingen entzogen worden wäre, so würde daraus noch nicht folgen, daß den bürgerlichen Gerichten nunmehr die Zuständigkeit in solchen kirchlichen Fragen zukäme. Die bürgerlichen Gerichte sind vielmehr durch die dem Gesetze vom 9. October 1860 nachfolgende bürgerliche Pr.O. vom 18. März 1864 in dem oben angeführten ersten Paragraphen derselben darauf beschränkt worden, über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu verhandeln und zu entscheiden.

Dazu gehört aber in keinem Falle die Frage, welche Rechte und Pflichten ein Simultaneum den berechtigten Confessionstheilen zuscheide, und wie im Falle eines Widerstreites der gegenseitigen Ansprüche nach den hier etwa geltenden kirchlichen Regeln zu entscheiden, oder aus Rücksichten der öffentlichen Wohlfahrt zu verfügen sei. Wenn nun in der Sache selbst den Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden nicht zusteht, dann kann folgeweise ein durch die bisherige Uebung angeblich erlangter Besitz die Gerichte nicht ermächtigen, im Falle einer Störung dieses Besitzes gerichtlich einzuschreiten. Denn dieß wäre, eben weil nicht ein Privatrecht vorliegt, kein civilrechtlicher Besitz im Sinne der L.R.S. 2228 und 2229, welcher zur bürgerlichen Verjährung führen, und eine Besitzklage im Sinne des XXXII. Titels der Pr.O. erzeugen könnte.

Eine lediglich auf ein Simultaneum begründete Besitzklage entbehrte daher vor Allem der Voraussetzungen des §. 662 Pr.O. Z. 1, wo es heißt:

> „Aeußere Besitzhandlungen, aus welchen sich ergibt, daß der Kläger das unbewegliche Gut — — — aus einem Grunde, der die Meinung eines Eigenthumserwerbes begründen kann — —"

denn der Begriff des Simultaneums geht nur dahin, daß jedem Confessionstheile das Recht zustehe, in einer Kirche ihren Gottesdienst zu halten, was mit dem Eigenthum an der Kirche gar nichts gemein hat. Die auf die Besitzhandlungen eines Simultaneum's gebaute Besitzklage muß daher nach dem Charakter des Simultaneums selbst beurtheilt, die über die Uebung sich entwickelnden Streitigkeiten müssen somit auch bezüglich der Zuständigkeit der Behörde denselben Grundsätzen, wie das Simultaneum selbst unterworfen werden.

Daß für Letzteres aber, wenn nicht specielle Rechtstitel vorliegen, die bürgerlichen Gerichte nicht zuständig sind, ist oben nachgewiesen worden.

Es kann sich daher nur fragen, ob in vorliegender Klage andere specielle Rechtstitel als das Simultaneum geltend gemacht worden sind? Dieß ist zu verneinen." — Es folgt nun die Nachweisung, daß die Klage, so wie sie vorliegt, nicht auf einen privatrechtlichen Titel gestützt wird, sondern nur auf das Simultaneum, worauf fortgefahren wird:

„In der Beschwerdeschrift ist zwar — wenn gleich zu andern Zwecken als der Nachweisung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte — angeführt, daß es sich hier nicht um die Regelung der Genußrechte an der fr. Kirche, sondern darum handle, ob, an einer Stelle des kirchlichen „Bauwesens ein fester Altar, d. h. ein Mauerwerk bestehen" dürfe, und wird fortgefahren:

> „es ist dies eine Frage, welche den Bestand des kirchlichen Vermögens berührt, gleichviel ob das Recht auf den Bestand der betreffenden Räumlichkeiten in der einen oder der andern Gestalt auf dem Eigenthume, oder dem Miteigenthume, auf diesen, oder jenen Rechtsverhältnissen beruhe."

Digitized by Google

Hiernach scheint es, als ob die Klage nicht mehr auf den Besitz basirt, und ein anderes Fundament für sie geschaffen werden wolle, was prozessualisch unzulässig wäre. Pr.O. §. 1138 Ziff. 5. Allein wenn man hierin auch nur eine Erläuterung der Klage erblicken wollte, so müßte man doch zu demselben Ergebnisse gelangen. Denn auch hier läßt es der Verfasser der Beschwerdeschrift vollständig dahin gestellt, auf welchem Rechtsverhältnisse

„auf diesem oder jenem Rechtsverhältnisse"

das Recht, mag es nun hier zur Kirche oder zur Uebungsart des Gottesdienstes geltend gemacht werden, beruhen solle. Eine solche durchaus zweideutige und unklare Ausführung vermag aber nicht — ausnahmsweise! — die Zuständigkeit eines bürgerlichen Gerichtes zu begründen, um die hier streitigen kirchlichen Befugnisse zu regeln, die ihm sonst nicht zukommt. Ottendorff.

Auch dieses Urtheil ist in III. Instanz abgeändert worden, wie sich aus nachfolgendem Aufsatz ergibt.

106.

Sind die Gerichte in Streitigkeiten verschiedener Religionstheile über Recht und Besitz an Simultankirchen zuständig?

Annalen Bd. XXXII. (1866) S. 185 u. ff.

Ist der katholische Oberstiftungsrath befugt, die Rechte des örtlichen Kirchenvermögens ohne Zustimmung der betreffenden Ortsstiftungscommission vor Gericht geltend zu machen?

Annalen ebendas. S. 116 u. ff. u. S. 257 u. ff.

In Sachen

des katholischen Kirchenfiscus,*)
Klägers, Appellanten, Oberappellanten

gegen

die evangelisch-protestantische Kirchspielsgemeinde Ottenheim,
Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,

Besitzstörung betr.

wurde auf das Urtheil der Civilkammer, II. Senat, des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 20. Juni 1866 No. 2437 besagend:

„Es sei der Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten des Verfahrens abzuweisen,"

sodann auf das Urtheil des Appellationssenats deff. Gerichtshofs vom 3. November 1866 No. 4369 des Inhalts:

„Das Urtheil der großh. Civilkammer, II. Senat, des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg vom 20. Juni d. J. sei, unter Verfällung des Klägers, Appellanten, in die Kosten beider Instanzen dahin abzuändern:

Es sei die erhobene Klage als vor den bürgerlichen Gerichten nicht stattfindend abzuweisen;"

vom großh. Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

„Das appellationsgerichtliche Urtheil sei aufzuheben, und das großh. Kreis- und Hofgericht Offenburg, Appellationssenat, anzuweisen, in der Sache selbst richterliches Erkenntniß zu erlassen.

Die Kosten der mündlichen Verhandlung und des Urtheils zweiter Instanz, sowie die sämmtlichen Kosten der dritten Instanz habe der beklagte Theil, die übrigen Kosten der, seiner Zeit in der Sache selbst unterliegende Theil zu tragen.

Die oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe, aus denen sich das thatsächliche des Falles ergibt, lauten, wie folgt:

Die vorliegende, vom katholischen Oberstiftungsrathe erhobene Klage behauptet, in dem Orte Ottenheim bestehe eine Simultankirche, welche sowohl von der katholischen als von der evangelischen Kirchspielsgemeinde benutzt werde, — der in derselben befindliche protestantische Altar sei seit Jahrhunderten stets beweglich gewesen, und, damit er gewisse gottesdienstliche Handlungen der Katholiken nicht hindere, jeweils vor Beginn des protestantischen Gottesdienstes an die dazu geeignete Stelle der Kirche gebracht, nach Beendigung desselben aber wieder zur Seite gestellt worden; der evangelische Kirchengemeinderath habe nun am 25. November 1865 eigenmächtiger Weise an der Stelle, wo sonst der bewegliche Altar während des protestantischen Gottesdienstes gestanden, einen feststehenden steinernen Altar errichten lassen, und damit einen gewaltthätigen Eingriff in den seitherigen Besitzstand, „sehe man diesen nun als auf Eigenthumsrecht, Miteigenthumsrecht oder Nutznießung beruhend an" geübt, es sei hierdurch Anlaß zur Erhebung einer Besitzklage gegeben, welche nach §. 662 der Pr.O. als

*) Diese Bezeichnung entspricht den jetzt geltenden Normen über die Verwaltung des Kirchenvermögens offenbar nicht. Sie wurde in der Klage gewählt und sodann vom beklagten Theile und den Gerichten ohne Untersuchung ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit hingenommen. D. E.

Digitized by Google

stattbaft erscheine, da die Kirche und insbesondere die Stelle derselben, wo sich jetzt der feststehende protestantische Altar befinde, im Laufe des der Errichtung des Altars vorangegangenen Jahres, wie bereits seit Menschengedenken, ungestört zum katholischen Gottesdienste benutzt worden sei, da in der Handlungsweise des evangelischen Kirchengemeinderaths eine eigenmächtige Besitzstörung liege, und da dieser die Klagerbebung binnen Jahresfrist folge. Das Klaggesuch geht dahin, zu erkennen, der beklagte Theil sei schuldig, den feststehenden Altar niederzureißen, den früheren Zustand wieder herzustellen, den durch die fragliche widerrechtliche Handlungsweise entstandenen Schaden zu ersetzen und sich jeder weiteren Störung bei Vermeidung einer dem klagenden Theile zufallenden Geldbuße von 50 Gulden zu enthalten.

Die Klage ist als gegen die evangelische Kirchspielsgemeine (Kirchengemeinde) Ottenheim, vertreten durch den evangelischen Kirchengemeinderath (Verfassung der evangelisch-prot. Kirche in Baden §§. 6. 37[5] Reg.Bl 1861 No. 43, landesherrl. Verord. über die Verwaltung des evangelischen Kirchenvermögens vom 28. Februar 1862 §§. 5. 6 Reg.Bl. 1862 No. XVI.) und nur als gegen diese gerichtet, zu betrachten. Die politische Gemeinde Ottenheim ist nicht mitbelangt. Die Klagschrift läßt hierüber nicht den mindesten Zweifel 2c. 2c.*)

Die Klage wurde im ersten Rechtszuge schlechthin abgewiesen, weil es sich im vorliegenden Streite nicht um einen bestimmten Theil des Kirchenvermögens, sondern um die Regulirung der Genußrechte der beiden Religionstheile an der Kirche handle und weil daher nicht der klagend aufgetretene Vertreter des Kirchenvermögens, sondern nur die Gesammtheit der katholischen Einwohner, „die katholische Kirchspielsgemeinde," als zur Verfolgung des geltend gemachten Anspruches berechtigt erscheine. Im zweiten Rechtszuge wurde ausgesprochen „es sei die erhobene Klage als vor den bürgerlichen Gerichten nicht stattfindend abzuweisen," indem der Appellationsrichter davon ausging, daß die Regelung der Befugnisse zweier zur Benützung einer Simultankirche berechtigten Religionstheile an und für sich kein Gegenstand der bürgerlichen Rechtspflege (Pr.O. §. 1), vielmehr ein Gegenstand der Obsorge der Verwaltungsbehörden sei, daß aber ein besonderes, die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte etwa begründendes Rechtsverhältniß klagender Seits nicht behauptet sei.

Es können indessen die Rechtsanschauungen der vordern Rechtszüge nicht aufrecht erhalten werden und erscheint daher die im Wege der Oberberufung geltend gemachte Beschwerde als begründet.

Die vom Staate anerkannten Kirchen sind in ihren einzelnen, mit juristischer Persönlichkeit begabten Anstalten zweifellos eigenthumsberechtigt und einen Gegenstand ihres Eigenthums bilden vor Allem die Kirchengebäude. §. 18 des III. Organisationsedicts vom 11. Februar 1803, §. 9 des I. Constitutionsedicts vom 14. Mai 1807, welches, wenn es auch jetzt durch §. 17 des Gesetzes vom 9. October 1860 über die rechtliche Stellung der Kirchen im Staate aufgehoben ist, doch wegen des dadurch begründeten Rechtszustandes nicht unberücksichtigt bleiben kann, §. 20 der Verfassungsurkunde, §. 10 des eben angeführten Gesetzes vom 9. October 1860 (Reg.Bl. No. 51), die landesherrlichen Verordnungen vom 20. November 1861 über die Verwaltung der katholischen und vom 28. Februar 1862 über die Verwaltung des evangelischen Kirchenvermögens (Reg.Bl. 1861 No. 52, 1862 No. 10). Vrgl. Richter Kirchenrecht §. 287. Schulte Kirchenrecht, II. S. 478 und ff. und insbesondere S. 485 486. — So gut nun hiernach die ausschließliche Berechtigung einer Kirche an einem Kirchengebäude als ungetheiltes Eigenthum erscheint, stellt sich die Berechtigung zweier Kirchen an einem und demselben Kirchengebäude als getheiltes Eigenthum oder Miteigenthum dar — L.R.S. 544. 544a. 544d — und ist hiernach das beiderseitige Recht an einer Simultankirche, das sog. Simultaneum, welches von dem III. Organisationsedict §. 18 und dem I. Constitutionsedict §. 10 in unmittelbarem Zusammenhange mit den Eigenthumsrechten der Kirchen überhaupt besprochen wird, nach den, freilich nach Natur und Zweck dieses besonderen Rechtsverhältnisses zu modificirenden Grundsätzen des Miteigenthumsrechts — L.R.S.S. 577 b a bis b g — zu beurtheilen.

(Schluß folgt.)

*) Der zunächst folgende Absatz der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe wurde, da er lediglich besondere thatsächliche Verhältnisse des vorliegenden Streites betrifft, hier hinweggelassen.

D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 35.

(Schluß von Art. 106.)

Insoferne steht das Simultanverhältniß auf privatrechtlichem Boden und fallen Streitigkeiten, die aus jenem Verhältnisse entspringen, in das Gebiet der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nach §. 1 der bürgerlichen Prozeßordnung von den zuständigen bürgerlichen Gerichten zu verhandeln und zu entscheiden sind.

Eine gesetzliche Bestimmung, welche die Befugniß, Streitigkeiten über Simultan-Verhältnisse zu entscheiden, den Staatsverwaltungsbehörden vorbehielte, besteht nicht. Man kann sich in dieser Richtung insbesondere nicht auf den §. 18 des III. Organisationsedicts und den §. 10 des I. Constitutionsedicts beziehen. Wenn die erstere Gesetzesstelle sagt, daß „wenn irgendwo der Genuß (an Kirchengebäuden u. s. w.) zwischen zwei Religionstheilen noch jetzo im Rechtsstreit befangen sei, wohin namentlich die in der pfälzischen Religions-Declaration (v. J. 1799) im fünften Artikel lit. b, im sechsten Artikel lit. d und im siebenten Artikel lit. g bemerkten Fälle gehörten, so solle mit Umgehung aller richterlichen Discussionen das Factum mit seinen Rechtsbeziehungen von beiden Theilen dem Landesherrn vorgetragen werden, welcher nach Gerechtigkeit und Billigkeit darüber Entscheidung zu treffen sich vorbehalte;" so bezieht sich diese Stelle nach Wort und Sinn auf Streitigkeiten, welche zur Zeit der Erlassung des III. Organisationsedicts noch anhängig waren. Das Edict wollte im Interesse des religiösen Friedens hinsichtlich des Eigenthums an kirchlichen Gebäuden den Besitzstand entscheiden lassen und ordnete eben für Fälle, in welchen dieser, weil er streitig war, nicht entscheidend werden konnte, das eben erwähnte besondere Auskunftsmittel an. Dadurch, daß es für den Fall die „richterlichen Discussionen" ausdrücklich auszuschließen für nöthig hielt, anerkennt es selbst, daß im Allgemeinen in Simultanstreitigkeiten die richterliche Zuständigkeit begründet sei. Das I. Constitutionsedict, welches zwar, weil es aufgehoben ist, bezüglich der Zuständigkeitsfrage im vorliegenden Fall unter keiner Bedingung mehr maaßgebend werden könnte, dessen Satzungen aber immerhin für die Rechtsentwicklung von Bedeutung sind, beseitigt übrigens die gerichtliche Zuständigkeit ausdrücklich nur insofern, als es gerichtliche Klagen auf Aufhebung der Gemeinschaft ausschloß. Dem Gesetze vom 9. October 1860 über die rechtliche Stellung der Kirchen, welches den Grundsatz aufstellt, daß den beiden von ihm als öffentliche Corporationen, mithin als juristische Persönlichkeiten, anerkannten Hauptkirchen die freie und selbstständige Verwaltung ihrer Angelegenheiten zukomme (§. 7), welches also der Regel nach die Einwirkung der Staatsverwaltung auf jene Angelegenheiten ausschließt, entspricht es entschieden, daß die gerichtliche Zuständigkeit, wo sie, wie hier, an und für sich als begründet erscheint, auch dann aufrecht erhalten werde, wenn die Kirchen oder die eine oder andere von ihnen als Parteien auftreten. Die von dem Appellationsgerichte inhaltlich der Entscheidungsgründe desselben angenommene Ansicht, daß in Angelegenheiten der fraglichen Art die Rücksicht auf das öffentliche Wohl entscheiden müsse, und daß schon deßhalb nur die mit der Pflege desselben betrauten Staatsverwaltungsbehörden zu entscheiden hätten, ist, den bisherigen Ausführungen zufolge, da es sich auch in Simultanverhältnissen um bestimmte Rechte der sich gegenüberstehenden Kirchen handelt, unhaltbar und würde insbesondere auch dem Geiste des Gesetzes vom 9. October 1860 widersprechen. — Zur Begründung jener Ansicht kann man sich auch nicht darauf berufen, daß es dem bürgerlichen Richter an Entscheidungsnormen gebrechen würde, da, wie oben schon angeführt wurde, auf Simultanverhältnisse der fraglichen Art die durch Natur und Zweck des Simultaneums zu modificirenden Grundsätze des Miteigenthums anwendbar sind. Tauchen Fragen auf, welche sich auf Verhältnisse des Cultus der einen oder anderen Kirche beziehen, so hat sich der Richter durch Anwendung der Mittel, welche ihm vom Gesetze überhaupt für Beantwortung von Fragen, deren Lösung außerhalb des Gebietes der Rechtswissenschaft gesucht werden muß, zu Gebot gestellt sind, in die Lage zu setzen, die Entscheidung jener Fragen zu bewirken.

Digitized by Google

Die besondere Beschaffenheit der im vorliegenden Falle erhobenen Klage gibt keinen Anlaß, die bisher über das Simultanverhältniß entwickelten Grundsätze nicht zur Anwendung zu bringen. Sie stützt sich auf das Bestehen einer Simultankirche und den seither an solcher vom katholischen Religionstheile geübten Besitzstand, indem sie geltend macht, daß letzterer vom Richter zu schützen sei, „möge er als auf Eigenthums-, Miteigenthums- oder Nutznießungsrecht beruhend angesehen werden." Wenn in der Appellationsbeschwerdeschrift gesagt ist, „die hier zur Entscheidung zu bringende Frage, ob an einer gewissen Stelle eines kirchlichen Bauwesens ein fester Altar, ein Mauerwerk, bestehen dürfe oder nicht, sei eine Frage, welche den Bestand des kirchlichen Vermögens berühre, gleichviel ob das Recht auf den Bestand der betreffenden Räumlichkeiten in der einen oder in der andern Gestalt auf dem Eigenthum oder dem Miteigenthum, auf diesem oder jenem Rechtsverhältnisse beruhe;" — so kann hierin sicherlich kein Zurücktreten von der Geltendmachung eines bürgerlich rechtlichen Verhältnisses gefunden werden und ist diese Stelle, welche auf Widerlegung der obenberührten Ansicht des Richters erster Instanz berechnet war, offenbar nur der Klage gemäß zu deuten. Hat nun aber, wie es geschah, die Klage den Besitzstand als auf Eigenthum oder Miteigenthum beruhend dargestellt, so hat sie jedenfalls damit, wie der §. 662 der Pr.O. verlangt, eine auf einen Grund, der die Meinung eines Eigenthumserwerbs begründen kann, sich stützende Innehabung geltend gemacht und damit einen bürgerlichrechtlichen Besitz im Sinne der L.R.S.S. 544 e. 2228. 2229, sowie des XXXII. Titels der Pr.O. behauptet.

Vorstehende Erörterungen führen nicht nur dazu, daß die Zuständigkeit der Gerichte im gegenwärtigen Falle anerkannt, sondern auch dazu, daß die Berechtigung des katholischen Oberstiftungsraths zur Klagführung für begründet erachtet werden muß. Es kann nämlich den obigen Ausführungen über die Natur des, dem geltend gemachten Besitze zu Grunde liegenden Rechtes nach nicht bezweifelt werden, daß dieses Recht, als Vermögensrecht, in den Bereich des örtlichen Kirchenvermögens falle. Die Rechtsvertretung des letztern liegt nun aber nach §. 11 der landesherrlichen Verordnung vom 20. November 1861 (Reg.-Bl. No. 52) über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens dem katholischen Oberstiftungsrathe ob. Daß das Recht der Rechtsvertretung im Sinne der eben angeführten Verordnung auch die Befugniß zur selbstständigen Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsstreit über eine Sache zu beginnen sei, in sich fasse, daß folgeweise die Thätigkeit des katholischen Oberstiftungsrathes nicht etwa von einem auf den Beginn des Rechtsstreites gerichteten Beschlusse der betreffenden Ortsstiftungscommission abhängig sei, ergibt sich, abgesehen davon, daß die vor der gedachten landesherrlichen Verordnung in Kraft gestandene Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 21. November 1820 über die Verwaltung der katholischen Stiftungen (verkündet nach Staatsministerialerlaß vom 30. November 1826 im Reg.Bl. 1827 No. 1), §§. 15. 17, sowie die, die Wahrung der fiscalischen Rechte des Staates betreffenden Verordnungen vom 20. September 1832 (Reg.Bl. No. 55), vom 12. September 1833 (Reg.Bl. No. 36), vom 18. März 1865 (Reg.Bl. No. 12) den Begriff der Rechtsvertretung in dem vorhin angeführten Sinne auffassen, auch daraus, daß den Stiftungs-Commissionen inhaltlich der mehrerwähnten landesherrlichen Verordnung vom 20. November 1861 §. 4 nur die Verwaltung des örtlichen Kirchenvermögens übertragen ist, daß aber die Entschließung über die Frage, ob ein Recht zu verfolgen oder davon abzustehen sei, die Befugnisse des nur zur Verwaltung Berufenen übersteigen. Vergl. L.R.S. 1988.

Da das Appellationsgericht die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte abgelehnt, in der Sache selbst aber sich noch nicht ausgesprochen hat, war sein Erkenntniß nicht als ein Endurtheil im Sinne des nach Pr.O. §. 1153 auch hier anwendbaren §. 1145 der Pr.O. zu betrachten, somit lediglich aufzuheben und der Rechtsstreit zur Erlassung eines die Sache selbst entscheidenden Urtheils an das Appellationsgericht zurückzuweisen. *)

Die Bestimmung über die Kosten stützt auf die §§. 169. 170. 176 der Pr.O.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Roßhirt.

---

*) Bei dem engen Zusammenhange zwischen der Zuständigkeitsfrage und den Materialien der Sache sprach indessen sicherlich sehr Vieles dafür, daß das großh. Oberhofgericht nach etwa nöthiger Ergänzung der Verhandlungen sofort in der Sache selbst entscheide. Vgl. Zeutner, Rechtsmittel 1852 S. 141 u. ff. Annalen 1855 S. 49. 241, 1866 S. 318 und insbes. Jahrb. f. bad. Recht I. S. 169. D. E.

Digitized by Google

107.

Durch Besitzhandlungen von Gemeindebürgern wird nur dann für die Gemeinde Eigenthum ersessen, wenn jene Handlungen im Namen der Gemeinde, als einer juristischen Person vorgenommen worden sind. L.R.S. 2228a.

Zur Anerkennung und Bezeichnung von Eigenthumsgrenzen durch Steinsatz ist der Gemeinderath für die Gemeinde berufen.

Die einer beiderseitigen Vereinbarung nachfolgende einseitige Verwahrung hat keine Rechtswirkung. L.R.S. 1108c.

J. S.
der Gemeinde Raithenbuch, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,
gegen
die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,
Eigenthum betr.,

besagen die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 18. Juni 1867:

ꝛc. Die Klage ist nicht gehörig begründet. Als Besitzhandlungen der klagenden Gemeinde, vermittelst welcher sie das, in der Innehabung der Beklagten befindliche, jetzt zu einem Walde angelegte, Grundstück durch Ersitzung erworben haben will, werden nur die beiden Umstände bezeichnet, daß sie dasselbe durch ihre Bürger mit Rindvieh und Pferden habe bewaiden und abwechselnd zu Reutfeld habe umbrechen lassen; es werden aber keine Thatsachen angeführt, woraus sich mit Sicherheit ergibt, daß jene Benützung — wovon das Bewaiden ohnehin nicht nothwendig in Ausübung eines Eigenthumsrechts, sondern auch in Ausübung einer Dienstbarkeit geschehen sein konnte — von der Persönlichkeit der Gemeinde, also von den betreffenden Bürgern Namens der Gemeinde, vorgenommen worden ist, indem etwa die waidenden Thiere Eigenthum der Gemeinde waren oder für die Gestattung des Waidens und Umbrechens eine Abgabe in die Gemeindekasse entrichtet wurde u. dergl. Dazu kommt noch weiter, daß in der Schlußverhandlung des ersten Rechtszuges die Klägerin eingeräumt hat, es habe auf der gedachten Fläche ein sogenannter Stockzehnten gehaftet, welchen die Beklagte nach ihrer, durch die Bezeichnung dieser Abgaben unterstützten, Erklärung dafür bezogen, daß sie Theile des streitigen Grundstücks in früheren Jahren an einzelne Personen zur Ausstockung und Bebauung gegen Entrichtung des zehnten Theils des Ertrags (L.R.S. 1763) überlassen hat, woraus erhellt, daß die klagende Gemeinde das fragliche Grundstück jedenfalls nicht ausschließlich benützt hat.

Wenn aber selbst über diese mangelhafte Begründung der Klage hinweggesehen werden wollte, so müßte dieselbe doch als entkräftet angesehen werden durch den Umstand, daß die Parteien im Jahr 1841/42 gemeinschaftlich eine Grenzbezeichnung vorgenommen haben, wobei das jetzt bestrittene Waldstück als Eigenthum der Beklagten von dem unbestrittenen Eigenthum der Klägerin ausgeschieden und mit Eigenthumsgrenzsteinen versehen wurde, auf welchen laut dem Augenscheinsprotokolle vom 2. Dezember 1865 das Eigenthumszeichen der Beklagten (F. F.) eingehauen ist, wogegen andererseits an derselben Grenzlinie die gleichen Grenzsteine gegen das unbestrittene Eigenthum der Klägerin hin das Eigenthumszeichen der Klägerin (R. B.) tragen. Hiedurch haben die Parteien der ihnen nach L.R.S. 646 obliegenden gegenseitigen Verpflichtung zur Grenzbereinung freiwillig entsprochen. Wie schon die Mitwirkung der Klägerin hiezu ein unzweideutiges Anerkenntniß von ihrer Seite enthält, daß die Beklagte Eigenthümerin derjenigen Grundstücke ist, deren Eigenthum erstere jetzt für sich in Anspruch nimmt; — so ist ein weiteres ausdrückliches Anerkenntniß des gleichen Eigenthumsrechts der Beklagten in der Urkunde vom 30. Januar 1849 enthalten, worin sämmtliche Anstößer, darunter namentlich die Vertreter beider Parteien, die Richtigkeit der zur erwähnten Zeit von ihnen selbst vorgenommenen Grenzbezeichnung unbeschränkt anerkennen. — Der Einwand, daß hiezu die Gemeindevertreter ohne Zustimmung der Gemeinde und ohne Genehmigung der Staatsbehörde nicht berechtigt gewesen seien, weil die Setzung jener Grenzsteine und die Anerkennung der Eigenthumsgrenzen geeignet wären, eine Veräußerung von Grundeigenthum der klagenden Gemeinde zu bewirken, ist ungegründet, da im Jahr 1841/42 zwischen den Parteien kein Streit über das Eigenthum des jetzigen Streitgegenstandes bestanden und es sich daher damals nicht um das Aufgeben irgend eines Rechts oder überhaupt um Veränderung der gegenseitig bestehenden Rechtsverhältnisse, sondern blos um die,

Digitized by Google

durch Setzung von Grenzsteinen zu geschehende, Ausscheidung des beiderseitigen unbestrittenen, mit unbestrittenen Grenzen versehenen, Grundeigenthums — um Errichtung von Beweismitteln für bestehende Rechtsverhältnisse — handelte, wobei weder die Gesammtheit der Bürgerschaft noch die Staatsbehörde, sondern lediglich der Gemeinderath mitzuwirken hatte.

Die Verwahrung aber, welche die nämlichen Gemeindevertreter, die im Protokoll vom 30. Januar 1849 die Richtigkeit der Grenzscheidung anerkannten, in einem Nachtrage zu jenem Protocoll dahin abgegeben haben, daß sie sich vorbehalten, auf das Eigenthumsrecht der Gemeinde am jetzigen Streitgegenstande weitere Ansprache zu machen, ist unerheblich, weil — abgesehen davon, ob die Verwahrung der Beklagten eröffnet worden ist, was diese widerspricht — dieselbe sich nur auf die unmittelbar vorausgegangene urkundliche Anerkennung der Richtigkeit des Steinsatzes, nicht aber auf die im Jahr 1841/42 erfolgte thatsächliche Anerkennung jener Richtigkeit bezieht, welche zudem durch eine Verwahrung vom Jahre 1849 nicht wirkungslos gemacht werden konnte, — und weil die, der doppelseitigen urkundlichen Vereinbarung nachgefolgte, einseitige Verwahrung keinen vernünftigen Sinn hat, da sie mit der vorausgegangenen Anerkennung des Eigenthumsrechts der Beklagten in direktem Widerspruch steht, und die Sicherung des Rechtszustandes, welche die Beklagte durch die allerseits anerkannte Richtigkeit des Steinsatzes für ihren Besitz erlangt hatte, hiedurch nicht wieder unwirksam gemacht und der bis dahin unbestrittene Besitzstand der Beklagten nicht in Frage gestellt werden konnte. L.R.Z.S. S.1108 c.

Red.

108.

Zur Strafrechtspflege.

XIV.

Rechnersuntreue.

Oberhofgerichtliche Entscheidungen bezüglich dieses Vergehens. St.G.B. §. 687. 690. 125.

1) Theilnahme in verbrecherischer Verbindung, insbesondere durch Mitbedienstete bei getheilter Geschäftsbesorgung.
2) Verübung der That während der Suspendirung vom Dienst.
3) Die besondere Vorschrift des §. 690 des St.G.B., soweit sie von der Begriffsbestimmung des §. 423. 430 abweicht, gilt nur für die Rechnersuntreue und ist auf Fälle verwandter Art, wie gewöhnliche Unterschlagung, nicht auszudehnen.

Die durch öffentliche Rechner oder Verwalter verübte Unterschlagung anvertrauter Gelder oder anderer Gegenstände ihrer Verrechnung und Verwaltung ist im badischen Strafgesetzbuch als ein eigenthümliches Vergehen in mehrfacher Hinsicht eigenthümlich und zum Theil abweichend von den meisten anderen deutschen Strafgesetzen geregelt.

Schon Häberlin in seinen Grundsätzen des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Band 4 S. 411. 415 wies hierauf besonders hin und beschränkte sich darauf, die von ihm nicht ohne Grund als höchst casuistisch bezeichneten Bestimmungen des badischen Strafgesetzbuchs, §. 687—699, ohne näher auf das System des Gesetzes einzugehen, wörtlich anzuführen.

Fast jeder einzelne der genannten Paragraphen trägt in Vergleichung mit den sonstigen Grundsätzen über verwandte Vergehen mehr oder weniger den Character einer gewissen Abweichung vom Gewöhnlichen an sich, insbesondere aber können die Vorschriften der §§. 688. 689. 690. 692—694. 695 ff. als solche Abweichungen hervorgehoben werden.

Einzelne dieser Bestimmungen geben hinsichtlich ihrer Auffassung und Anwendung öfter zu Zweifeln und Streitfragen Anlaß, und es hat das Oberhofgericht vor Kurzem über einige hierher gehörige Streitfragen sich auszusprechen Gelegenheit gehabt.

I. Bekannt ist die alte Streitfrage [1]), ob und in-

---

[1]) Die Streitfrage trat schon unter dem alten Strafedict hervor, wie aus dem Jahrgang 5 der oberhofgerichtlichen Jahrbücher von Hohnhorst S. 170—173. 174 zu entnehmen ist.

In dem damaligen Falle schlug ein Oberrevisor einem Amtskeller, dessen Rechnung er zu revidiren hatte, die Verminderung seines Passivrecesses und die Theilung der so gewonnenen Summe vor. Nach Verabredung wurde dieser Vorschlag vollführt und in den nächsten Jahren jeweils die Rechnung unrichtig gestellt, aber vom Oberrevisor als richtig bescheinigt, und der Gewinn getheilt, bis sich eine sehr bedeutende Veruntreuung herausstellte. Die Mehrheit des Oberhofgerichts erachtete den Oberrevisor (neben anderen Verbrechen,

Digitized by Google

wiefern auch Drite als Theilnehmer in verbrecherischer Verbindung mit dem Rechner oder Verwalter gemäß St.G.B. §. 125 der Verübung der Rechnersuntreue selbst schuldig erklärt werden können.

In der Anklagsache gegen Leihhauscontroleur Maisch von Bruchsal wegen Rechnersuntreue folgte das Oberhofgericht im Allgemeinen der bei der Entscheidung vom Jahr 1860 in U.S. gegen Bürgermeister Schön von Oberacker und Genossen angenommenen Ansicht [2]) (s. Annalen, Band 28 S. 178), gab jedoch in Bezug auf solche Fälle, in denen die Verrechnung oder Verwaltung unter mehreren Bediensteten getheilt erscheint, eine diesem besondern Verhältniß in angemessener Weise Rechnung tragende Entscheidung, wie sich aus dem Folgenden näher ergibt:

Nach den Entscheidungsgründen der urtheilenden Strafkammer erschien es als festgestellt, daß D. F.......n, Cassier des Leihhauses zu Bruchsal, einer öffentlichen, unter Oberaufsicht des Staates stehenden Anstalt, im Mai 1866 im Einverständniß mit L. Maisch, der nach Dienstvertrag vom 31. Mai 1856 Controleur bei eben dieser Anstalt war, aus der Leihhauskasse den Betrag von 800 fl. herausnahm und dafür einen von ihm unterzeichneten, von Maisch geschriebenen Schein vom 24. Mai 1866 einlegte, worin er die Herausnahme von 1179 fl. 30 kr. erklärte und die Verzinsung dieses Kapitals zu 5 pCt., sowie dessen Wiederanschaffung binnen 3 Monaten versprach, und ferner, daß von dem herausgenommenen Gelde, ausweislich eines betreffenden Scheines vom 23. Mai 1866, der Angeklagte Maisch 800 fl. zur Verwendung auf ihr gemeinschaftliches Gut Sommerberg von F.......n erhielt und das Geld auch zu diesem Zwecke verwendete, welcher im Interesse Beider lag.

Auf den Grund dieser festgestellten Thatsachen und der §§. 657. 687. 695. 403. 404 Ziff. 2 und §. 125 des St.G.B. wurde L. Maisch von der großh. Strafkammer zu Karlsruhe am 10. Mai d. J. der in verbrecherischer Verbindung mit D. F.......n verübten Rechnersuntreue im Betrag von 800 Gulden für schuldig erklärt, übrigens wegen noch geleisteten Ersatzes vor rechtskräftigem Urtheil gemäß §. 692 des St.G.B., nur zu sammtverbindlicher Tragung der Kosten verurtheilt.

Hiegegen ergriff Maisch die Nichtigkeitsbeschwerde, indem er in erster Reihe geltend machte, daß er selbst als Controleur gar kein Rechner oder Verwalter in Bezug auf das herausgenommene Geld gewesen sei und daher schon deßhalb seinerseits das Vergehen der Rechnersuntreue gar nicht habe verüben können.

Das Oberhofgericht fand jedoch diese Behauptung nicht richtig und die Anfechtung nicht begründet. In den Gründen zum verwerfenden Erkenntniß vom 15. Juni 1867 wurde in dieser Beziehung bemerkt:

Es ist zwar im Allgemeinen, in Uebereinstimmung mit einer früheren Entscheidung dieses Gerichtshofs (vgl. Annalen der bad. Gerichte, Band 28 S. 178) der Grundsatz anzuerkennen, daß das Vergehen der Rechnersuntreue, als auf singulären Voraussetzungen beruhend wesentlich auf die Person des Rechners, auf den öffentlichen Beamten, dem vermöge seines Dienstes die Verrechnung oder Verwaltung des fraglichen Vermögens obliegt, beschränkt bleiben muß, dasselbe daher auf dritte Personen, die in verbrecherischer Verbindung mit jenem Beamten zusammenwirkten, nicht ausgedehnt werden darf, sofern die erwähnten besonderen Voraussetzungen in Bezug auf ihre Person nicht zutreffen [3]), weßhalb in Fällen solcher Art nur eine Bestrafung der Dritten als Gehil-

die ihm zur Last fielen) der im Complott mit dem Rechner verübten Rechnersuntreue damals für schuldig. Eine Minderheit von 2 gegen 5 Stimmen nahm nur Betrug an, weil der Oberrevisor nicht selbst Verrechner war, und keine öffentliche Gelder unter den Händen hatte.

[2]) Das Hofgericht zu Bruchsal hatte, von abweichenden Grundsätzen ausgehend, den Bürgermeister der in verbrecherischer Verbindung mit dem Gemeinderechner verübten Rechnersuntreue für schuldig erklärt, das Oberhofgericht bestätigte zwar die erkannte Strafe, bezeichnete aber die That des Bürgermeisters als Theilnahme als Gehilfe an dem durch den mitangeschuldigten Gemeinderechner verübten Verbrechen der Rechnersuntreue.

Es handelte sich daher nach dem Endergebniß mehr nur um den Namen als um die Sache selbst, was bei dieser Streitfrage wohl meistens der Fall sein wird, wenn der Theilnehmer am Vergehen des Rechners ein Beamter ist, der in naher dienstlicher Beziehung zu demselben steht.

[3]) Eine verwandte Frage ist die: ob ein Dritter, in Bezug auf dessen Person jene Voraussetzungen nicht zu treffen, nach Str.G.B. §. 119 als Anstifter der Rechnersuntreue, mithin als Urheber des Verbrechens bestraft werden kann? Diese Frage ist unseres Erachtens dahin zu bejahen, daß er als Anstifter gleich dem Urheber zu bestrafen ist, daß er aber, wie sich von selbst ergibt, gleichwohl nicht selbst ein Amtsverbrechen verüben und die Dienstentsetzung und Dienstentlassung auf ihn keine Anwendung finden kann, sofern er nicht als ein öffentlicher Diener erscheint. Man vergl. die oberhofgerichtlichen Jahrbücher am angeführten Ort Band 5 S. 174.

Digitized by Google

sen, wenngleich nach Umständen gemäß St.G.B. §. 139 in nicht geringerem Maße, erfolgen kann.

In dem hier vorliegenden Falle fehlen jedoch die angeführten gesetzlichen Voraussetzungen in Bezug auf den Angeklagten Maisch nicht, wie sich aus den in der Hauptverhandlung vorgelesenen Statuten des Bruchsaler Leihhauses, welche im Centralverordnungsblatt von 1856 No. 2 S. 9 öffentlich verkündet wurden, insbesondere aus §. 11 und §. 36—39 in ihrer Vergleichung, genügend ergibt. Nach §. 11 wird das Ausleihen der Gelder, die Aufbewahrung der Pfänder und die Verrechnung durch den Cassier und Controleur besorgt, denen ein Diener beigegeben ist. Der Cassier und Controleur theilen sich hiernach in das Geschäft der Verwaltung und in gewissem Grade auch der Verrechnung, und zwar in der Weise, wie dieses in §. 36 bis 38, auch §. 39 Absatz 2 in dem Abschnitt IV. „von der Verrechnung" näher bestimmt ist. Wenn auch nach §. 37 der Cassier die Casse unter seiner Verwahrung hat und das Journal, das Hauptbuch und das Pfandregister, auch die jährliche Hauptrechnung, sowie das Versteigerungsprotokoll führt, so hat dagegen nach §. 38 der Controleur das Controlpfandregister und das Controlprotokoll über die Versteigerungen zu führen, er beaufsichtigt [4]) als Controleur den richtigen Cassenbestand und nimmt wesentlichen Theil an der Verwaltung, indem er das Ausleihen der Gelder und die Verwahrung der Pfänder mit besorgt, was aus der im zweiten Absatz des §. 39 erwähnten Besorgung zu ersehen und auch nach Maßgabe der Statuten in den Gründen des angefochtenen Urtheils in thatsächlicher Hinsicht festgestellt ist.

Dieses genügt, um die Anwendung des §. 687 des St.G.B. auch auf Maisch zu rechtfertigen, daß Maisch die Casse selbst unter seiner Verwahrung hatte, erscheint nach §. 687 keineswegs nöthig. [5])

II. Außer dem Obigen machte der Angeklagte Maisch als weitere Beschwerde geltend, daß er, wie auch in den mehrerwähnten Gründen zum angefochtenen Urtheil festgestellt war, zur Zeit, als die Herausnahme des Geldes geschah, bereits durch Verfügung des Verwaltungsraths der Leihhaus-Commission vom Dienste suspendirt war, das fragliche Verbrechen eines öffentlichen Dieners somit damals gar nicht verüben konnte.

Der Cassationshof hielt jedoch die Thatsache der Suspendirung unter den vorliegenden Verhältnissen nicht für rechtlich entscheidend, indem er davon ausging, daß durch die Suspendirung Maisch seines Dienstes keineswegs entlassen, sein Dienstverhältniß mit den hierauf beruhenden dienstlichen Verpflichtungen und seine persönliche Eigenschaft als Leihhausbediensteter hiedurch überall nicht aufgehoben, sondern nur der Ordnung wegen die Ausübung weiterer dienstlicher Verrichtungen ihm einstweilen entzogen war, und daher, wenn er ordnungswidrig sich dennoch eine Einmischung in das Dienstgeschäft, und sogar eine solche, die ein Amtsvergehen enthielt, zu Schulden kommen ließ, seine Eigenschaft als Beamter, die ihm durch Suspendirung nicht benommen wurde, allerdings in Betracht komme, wie es denn auch dem Sinne und Zwecke dieser vorläufigen Maßregel zur Abwendung weiterer dienstlicher Vergehungen sehr wenig entsprechen würde, wenn man dieselbe in einem Falle, wie der vorliegende, zum Vortheil des dennoch zu weiteren Vergehungen schreitenden Bediensteten als entscheidend ansehen wollte.

III. Was die Auffassung und Anwendung der bekannten Bestimmung des §. 690 des Str.G.B. betrifft, wonach auch eine blos zur Verbergung der Rechnersuntreue (nicht als Mittel zur Verübung derselben) bewirkte Fertigung einer falschen Urkunde oder Verfälschung einer ächten Urkunde genügt, um ein Zusammentreffen von Rechnersuntreue und Fälschung und mithin die Anwendung der Vorschrift des §. 182 d. Str.G.B. zu begründen, hat das Oberhofgericht in der Anklagsache gegen Aloys Teufel von Dangstetten wegen Unterschlagung und Rechnersuntreue sich für die Ansicht entschieden, daß die fragliche Bestimmung als eine blos für das Vergehen der Rechnersuntreue gegebene besondere Vorschrift erscheine, die eine Ausdehnung auf andere verwandte Fälle, wie namentlich auf den Fall der Vornahme einer solchen Fälschung oder Verfälschung zur Verbergung einer schon verübten und vollendeten Unterschlagung gewöhnlicher Art, nicht erleiden könne.

Der Gerichtshof zog in den Gründen zu seinem die

---

[4]) Die §§. 696. 698 des Str.G.B. enthalten besondere Bestimmungen über die Bestrafung der am Vergehen des Rechners oder Verwalters sich betheiligenden Vorgesetzten oder mit der Dienstaufsicht über denselben beauftragten Beamten, jedoch nur für den Fall der gesetzwidrigen Ausleihung von Kassengeldern und zwar an diese Beamten selber.

[5]) Auch in den Gründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom Jahr 1860 in Sachen gegen Bürgermeister Schön u. s. w. wurde dieses nicht als nothwendiges Erforderniß bezeichnet.

Digitized by Google

bezügliche Nichtigkeitsbeschwerde der großh. Staatsanwaltschaft verwerfenden Erkenntniß vom 27. April 1867 in Betracht, daß nach der in Str.G.B. §. 423 gegebenen, auch für den Fall des Str.G.B. §. 430 maßgebenden Begriffsbestimmung und nach dem im badischen Strafrecht angenommenen System in Bezug auf Fälschung und Betrug [6]), abgesehen von besonderen Ausnahmen, nur eine solche Fälschung oder Verfälschung von Urkunden als unter Str.G.B. §. 423. 430 fallend angesehen werden dürfe, welche zum Zweck der Verübung eines Betrugs aus Gewinnsucht, also als Mittel zu diesem Zwecke, zur Vollführung der noch nicht, oder doch noch nicht vollständig, ausgeführten bezüglichen Vermögensbeschädigung, geschieht, und daß daher eine blos zur Verbergung der schon vollführten Vermögensbeschädigung nach bereits erlangtem Gewinn erfolgende Verfälschung von Urkunden, abgesehen von etwa hinzukommenden besonderen Umständen oder gesetzlichen Bestimmungen, das Vergehen der Urkundenfälschung für sich allein nicht bilden [7]), sondern nur, allerdings in ausgezeichnetem Grade, straferhöhend in Anschlag kommen könne.

R. Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht, §. 9 S. 152. 153, insbesondere Note 6.

Escher, Lehre vom Betrug und Fälschung, Abschnitt II., S. 257. 261 Note.

In gleichem Sinne hat der Gerichtshof auch in dem in Annalen, Band 25 S. 257 mitgetheilten Falle entschieden; vergl. auch Annalen, Band 29 S. 191.

In Bezug auf die betreffende Vorschrift des §. 690 des Str.G.B. ist in Gründen, worin zugleich ausgeführt wurde, daß und warum das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesübertretungen in einer und derselben Handlung (ideale Concurrenz) gemäß Str.G.B. §. 182 auf der thatsächlichen Feststellung des Falles nicht angenommen werden könne, sodann weiter bemerkt:

Die bezügliche Bestimmung erscheine weder als eine auf allgemeinen Grundsätzen beruhende und allgemein anwendbare Gesetzesvorschrift, noch sei sie von der Art, daß eine analoge Anwendung auf den vorliegenden, wenngleich verwandten Fall gerechtfertigt erschiene. Das Erstere ergebe sich schon aus der obigen Darlegung; die fragliche Bestimmung könne in richtiger Auffassung des Begriffs der Verübung und Vollendung von Verbrechen nicht wohl als eine allgemein geltende, nur bei Gelegenheit der Rechnersuntreue besonders ausgesprochene betrachtet werden, sie erscheinen vielmehr als eine besondere Vorschrift für das Vergehen der Rechnersuntreue, das im badischen Strafrecht in mehrfacher Hinsicht, und auch in dieser, sehr eigenthümlich geregelt sei.

(Vergl. Str.G.B. §. 688. 689. 692. 694. 695 u. f. w. und hiezu Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts, §. 199 S. 418, auch 415.)

In dieser Beziehung sei namentlich hervorzuheben, daß bei der Rechnersuntreue Art und Zeit der Aneignung der Gelder gar häufig nicht näher festzustellen sei, und die Verdeckung des Abgangs zur Durchführung der Veruntreuung der Natur der Verhältnisse entsprechend so wesentlich erscheine, daß sie als mit der Willensbestimmung zur Entfremdung des Geldes stets unzertrennlich verbunden behandelt werden konnte, zumal wenn man berücksichtige, daß hier die Verwendung zum eignen Nutzen auch ohne die Absicht bleibender Entziehung ohne Rückersatz unter das Vergehen falle.

Aus diesen Gründen sei denn auch die analoge Anwendung des Str.G.B. §. 690 auf die Unterschlagung nicht zuzulassen.

E. Brauer.

109.

Ehescheidungsverfahren.

Zur Anwendung des L.R.S. 269.

Eine Körperverletzung kann doch noch als Ehescheidungsursache dienen, auch wenn gegen den betr. Gatten das Strafverfahren wegen Mangels an genügendem Beweise eingestellt worden ist.

In Sachen

der Ehefrau des Karl Kech von Schwarzhalden, Marie Agathe geb. Rogg, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

ihren Ehemann Karl Kech daselbst, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Ehescheidung betreffend.

---

[6]) Vergl. über dieses System, Band 32 der Annalen S. 250 (Beitrag XI.).

[7]) Es blieb übrigens auch die entgegengesetzte Meinung, daß der §. 894 nur als Ausfluß einer allgemeinen Regel zu betrachten sei, die auch bei Unterschlagung und andern ähnlichen Vergehen in gleicher Weise gelte, bei der Berathung des Gerichtshofs nicht ohne Vertretung, auch läßt es sich nicht verkennen, daß vom Standpunkte des Gesetzgebers, abgesehen von dem im badischen Strafgesetzbuch angenommenen System über Betrug und Fälschung von Urkunden, diese Meinung Manches für sich zu haben scheint.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 11. Juli 1867:

Der Beklagte hält sich für beschwert, weil seinem auf Grund des L.R.S. 269 gestellten Gesuche, die Fortsetzung des von seiner Ehefrau gegen ihn eingeleiteten Scheidungsprozesses für unzulässig zu erklären, nicht entsprochen worden ist. Dieser Artikel verordnet jedoch nicht, daß unter allen Umständen der Nachweis, daß die Ehefrau das ihr vom Gericht bestimmte Haus während des Prozesses verlassen habe, genüge, um jenem Antrag des Ehemanns stattgeben zu müssen, sondern Art. 269 will nur der Möglichkeit des Unfugs steuern, daß von der Frau die Trennung vom Ehemanne zur Gefährdung seiner ehelichen Rechte angestrebt und zu unsittlichen Zwecken mißbraucht werde.

Um aber den L.R.S. 269 diesem seinem Zwecke gemäß anzuwenden, haben die Gerichte die Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere den Grund der Entfernung der Ehefrau aus dem ihr angewiesenen Hause zu erwägen, was hier von Seiten der II. Instanz nach ihren Entscheidungsgründen vollkommen richtig geschehen ist, indem nicht die mindeste Andeutung dafür vorliegt, daß die nach ihrem abnormen Geisteszustande zur Veränderung ihres Aufenthaltes geneigte, und durch ihre Mittellosigkeit aus Verschulden des Beklagten mehrfach dazu genöthigte Klägerin während ihrer Abwesenheit irgend wie unlautere, ihr eheliches Verhältniß beeinträchtigende Zwecke verfolgt habe.

Eine weitere Beschwerde will der Beklagte darin finden, daß er der harten Mißhandlung seiner Ehefrau schuldig erklärt wurde, nachdem das über fragliche Körperverletzung gegen ihn eingeleitete Verfahren wegen Mangels an genügendem Beweise eingestellt worden ist. Allein auch diese Beschwerde ist ungegründet.

Die objectiv festgestellte Verletzung der klägerischen Ehefrau ist mit Recht für eine harte Mißhandlung im Sinne des L.R.S. 231 erachtet worden, auch genügt der, durch das mannigfach unterstützte Zeugniß der Gertrud Hierholzer und des Joseph Schlageter Eheleute erbrachte Beweis in Verbindung mit der in dem gerichtsärztlichen Zeugniß nachgewiesenen Unglaubwürdigkeit des als roh und gewaltthätig bezeichneten Beklagten nach §. 583 Abs. 2 und §. 1045 der Pr.O. zur Feststellung der Ueberzeugung, daß er Urheber der fraglichen Verletzung sei.

Red.

110.

Fälschung oder Unterschlagung?

Zu den unglücklichen doktrinären „Unterscheidungen," an denen unser Strafgesetz krankt, wodurch es unhandlich wird — nicht blos für den Juristen, sondern noch weit mehr für das Volk, dem man zumuthet, sich nach Strafbestimmungen zu richten, die es niemals wird verstehen lernen, — gehört namentlich das Capitel von der sog. Fälschung.

Wenn sogar in der Begründung zu dem Strafgesetzbuchentwurfe gesagt wird, daß „Fälschung und Betrug sich als zwei Arten betrachten lassen, die auf den Gattungsbegriff Betrug, als eine durch absichtlich hervorgerufene Täuschung bewirkte Rechtsverletzung zurückgeführt werden können," — und wenn es in einem Kammerbericht heißt, daß „die Fälschung nur ein in dem Täuschungsmittel ausgezeichneter Betrug" sei, so begreift man trotz allem, was da noch weiter mit nicht gering zu achtender Gelehrsamkeit ausgeführt wird, eben doch nicht, warum man, nachdem man die Gemeinsamkeit der begrifflichen Merkmale beider Verbrechen entdeckt hatte, gleichwohl zwei besondere Abschnitte von Strafbestimmungen dafür aufgestellt hat.

Die Erfahrung lehrt, daß man dadurch unendliche Mißverständnisse, und den mit der Anwendung des Rechts Beschäftigten eine wahre Qual geschaffen hat, was freilich nicht in's Gewicht fallen könnte, wenn die fragliche Unterscheidung — (es ist natürlich nur von der äußerlichen Unterscheidung und Nebeneinanderstellung im Gesetzbuche die Rede —) eine criminalpolitische Bedeutung hätte! — Nachfolgender Rechtsfall, dessen Thatbestand übrigens in aller Kürze angegeben werden kann, möge nicht sowohl die schon überaus reiche Kasuistik des Fälschungsverbrechens vermehren, als nur das vorhin Gesagte beleuchten.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 36.

(Schluß von Art. 110.)

Vor der Strafkammer des Kreisgerichtes Waldshut stand der Zehntrechner Teuffel von Dangstetten unter der Anklage einer aus Gewinnsucht verübten Fälschung von Privaturkunden im Betrag von circa 1400 fl. Die Beschuldigung gründete sich darauf, daß verschiedene Belege in den von Teuffel gestellten Zehntrechnungen als verfälscht erfunden wurden: theils waren Ziffern in Quittungen verändert, und dadurch fälschlich größere Zahlungen in Ausgabe gestellt, theils fanden sich aus alten Rechnungen herausgerissene ächte Quittungen mit geänderter Jahreszahl als Ausgabsbelege bei späteren Rechnungen vor, in denen dann die betreffenden fälschlich angegebenen und beurkundeten Zahlungen dem Zehntrechner zu Gute geschrieben waren. Die in der That nicht verausgabten Summen hatte der Rechner in die eigene Tasche gesteckt. Es handelte sich hier nur um Gelder, welche an den Zehntberechtigten (das Stift Rheinau) abzuführen waren, also um Abtragungen vom Zehntablösungskapital und Zinsen, und die erwähnten Quittungen waren von dem Verwalter des zehntberechtigten Klosters, dem Pater Kellermeister, ausgestellt worden. Von den verfälschten Urkunden war jedoch dem Zehntherrn gegenüber noch kein Gebrauch gemacht worden, es war nicht etwa ein Streit über den Betrag des bereits abgeführten Ablösungskapitals entstanden, in welchem sich die Pflichtigen auf die fraglichen Urkunden bezogen hätten, sondern bevor es zu einem solchen Streite kam, der vielleicht noch lange vertagt geblieben, entdeckte die Aufsichtsbehörde bei der Prüfung der Zehntrechnungen eine von den faulen Stellen, und, hiedurch aufmerksam, auch noch viele andere in ältern Rechnungen, denn der Rechner hatte es schon Jahre lang so getrieben. Von einem Gebrauche der falschen Urkunden war also nur in der Hinsicht die Rede, daß der Rechner dieselben als Rechnungsbelege bei der Rechnungsabhör dem Gemeinderathe, und beziehungsweise der Aufsichtsbehörde, vorgelegt hatte, um dieselben bezüglich der Größe der ihm zu Gute kommenden Ausgaben zu zu täuschen. Auf diesen Thatbestand war denn die Anklage im Sinne des §. 430 vrgl. mit §. 423 des Str.G. gegründet. — Die Vertheidigung machte dagegen geltend, daß hier nicht sowohl eine Fälschung, als vielmehr eine Unterschlagung zu unterstellen sei, woraus abgeleitet ward, daß Mangels einer Anzeige der Beschädigten (woran es allerdings gebrach) eine Verurtheilung nicht stattfinden könne. Und daran, an dieser Formfrage, konnte — die Gefahr lag sehr nahe — der ganze Apparat einer mehrjährigen Untersuchung scheitern, obwohl die Schuld des Angeklagten, die Veränderung der Urkunden von seiner Hand, die gewinnsüchtige Absicht, der von den Urkunden gemachte Gebrauch, ja zum Ueberflusse sogar ein bereits eingetretener Schaden über allen Zweifel erhaben, nachgewiesen war. Man kann das eine für den Juristen sehr interessante Frage nennen, für die Rechtsprechung aber und für den sogen. Laien (sagen wir besser: für das Volk) sind derartige Zweifel und Verhandlungen, welche sich hauptsächlich um solche Zweifel drehen, im höchsten Grade unerbaulich. — Zunächst liegt jedenfalls, wenn wir den Fall zergliedern, die Frage: was beabsichtigte der Rechner? Er wollte sich mit fremdem Eigenthum widerrechtlich bereichern, und hat sich auch bereichert! Indessen unser Strafgesetz kennt kein so „vages“ Verbrechen, als es die einfache „widerrechtliche Verletzung fremden Eigenthums“ sein würde; selbst das „materiell vage“ Verbrechen des Betrugs scheidet sich scharf ab von den anderen Arten der Eigenthumsverbrechen. Wir müssen die That unter einen bestimmten Titel des Strafgesetzes bringen. Forschen wir weiter: Auf wessen Kosten, und auf welchem Wege geschah die Bereicherung? so kann man nicht umhin, zu sagen, daß zuvörderst die Zehntkasse es gewesen sei, welche thatsächlich geplündert worden ist; mit den Geldern der Zehntpflichtigen hat sich der Rechner bereichert: diese hat er aus der ihm anvertrauten Kasse in seine Tasche wandern lassen. Da hätten wir schon die Unterschlagung, wenn nur noch die Absicht nachgewiesen ist, das Angeeignete dem zur Rückforderung Berechtigten ohne Ersatz zu entziehen, was, beiläufig bemerkt, hier anzunehmen war. Aber der Mann hatte ein Einsehen

Digitized by Google

mit den armen Zehntpflichtigen: er nahm zwar die von ihnen zusammengelegten Gulden für sich weg, aber den Schaden wälzte er auf das reiche Klosterstift ab, indem er die Verfälschung der Quittungen ausführte, in der gegründeten Hoffnung, daß das Stift dadurch auch wirklich getäuscht werde (— da einerseits die Schriftveränderung ziemlich geschickt verübt, andererseits der Rechner vielleicht eine gewisse Verwirrung in dem Zustand der Klosterverwaltung kannte, und er endlich hoffen durfte, daß der alte Pater Großkeller, von dem er bislang quittirt worden war, den endlichen Abschluß des Zehntgeschäfts nicht mehr erleben und sein Nachfolger weniger mißtrauisch in Ansehung der Quittungen sein werde.) Ebensosehr aber bewog wohl den Rechner auch die Sorge um seine eigene Sicherheit, denn wenn er beim Jahres- und Rechnungsschluß nicht den Weg zwischen die Füße nehmen und das Weite suchen wollte, so mußte er wohl die Abhörbehörde bezüglich der eingesackten Gelder täuschen: daher die falschen Quittungen, und da hätten wir denn auch das Verbrechen der Urkundenfälschung mit allen seinen Merkmalen, insbesondere mit dem Merkmal des von den falschen Urkunden gemachten Gebrauchs, in doppelter Richtung: einmal sicherlich gegenüber der Rechnungsabhörbehörde, und dann, wenn man weit gehen will, sogar gegenüber dem Stift, denn die verfälschten Belege, die bei einem voraussichtlichen Prozeß als Beweismittel dienen mußten, waren zu dem Behufe der abgeschlossenen Rechnung einverleibt und letztere an den Gemeinderath, den Prozeßgegner des Stifts, abgegeben worden.

Die für einen Verbrecher vielleicht weniger als für einen Juristen peinliche Frage: ob Unterschlagung oder Fälschung? konnte schließlich in der für den Ersteren schlimmsten Art gelöst werden, daß man sogar eine sog. ideale Konkurrenz von Unterschlagung und Fälschung annahm, — und fand man einen Weg, bezüglich der ersteren über den §. 405 des Str.G. wegzukommen, so kam der Mann, der immer nur die nämliche That vollbracht, statt einfach frei zu werden, doppelt in die Brüche. Aehnliches bestimmt bekanntlich der §. 690 des Str.G. für den öffentlichen Rechner; als einen solchen erkannte man aber den Angeklagten nicht.

Wir wollen eine weitere Verwicklung nur von ferne andeuten in den Fragen, ob es von Belang, noch zu erforschen, ob die Urkunden gefälscht wurden, bevor in die Kasse gegriffen worden war, oder später, und ob die Gelder eingesackt waren, bevor die Urkunden der Abhörbehörde vorgelegt waren, oder erst nachher? Es genügt, für unsern gegenwärtigen Zweck, anzugeben, daß die Strafkammer einstimmig, der Ansicht des Vertheidigers sich anschließend, nur eine Unterschlagung annahm, indem sie die verübten Fälschungen, als außer ursächlichem Zusammenhang zu dem eingetretenen Schaden stehend, nur als Mittel zur Verbergung der That betrachtete; aus Gründen, die man aus ähnlichen schon veröffentlichten Entscheidungen — nur daß sich dieselben nicht auf Rechner beziehen, kennt, und auf die in einer besonderen Ausführung zurückgekommen werden soll. Die Anklage hatte sich durch die in der That schönen — wie die Mediziner sagen würden — Fälschungen blenden lassen und hatte die formale Seite des Verbrechens herausgekehrt, wobei aber das materielle Recht Gefahr lief, zu kurz zu kommen. Denn nur mit Mühe, und ohne daß Einstimmigkeit hier zu erzielen war, gelang es, den obenerwähnten Weg um den §. 405 des Str.G. herum zu finden, wodurch der Angeklagte, „des Verbrechens der Unterschlagung von Zehntgeldern z. N. der Zehntpflichtigen der Gemeinde Dangstetten" für schuldig erklärt, mit genauer Noth zu seiner verdienten Strafe kam. Hätte — um schließlich zu einem Ergebniß zu gelangen — das Strafgesetz die Unterscheidung zwischen Fälschung und Betrug als eigenen Verbrechen nicht gemacht, indem es nur den durch Fälschung verübten Betrug als besonders erschwert anzusehen geboten hätte, — gleichwie den mit Einbruch oder mit Waffen verübten Diebstahl, wobei nicht ausgeschlossen, daß schon der blose, bis zum Gebrauch der falschen Urkunde vorgeschrittene Versuch dieser Art von Betrug mit den schwersten Strafen bedroht wäre, — hätten wir jene Unterscheidung nicht, so würde ein Untersuchungsrichter und eine Anklagebehörde weniger leicht sich bestimmen lassen, in einem Falle, wie der verwürfige, von dem nahe liegenden Begriffe der Unterschlagung ab — und in das Capitel vom Betruge sich zu verirren (und man würde eher dafür Sorge tragen, daß die Voraussetzungen zur Strafverfolgung einer Unterschlagung beigebracht werden). Dem wird man nicht entgegenhalten, daß mit der Ausmerzung eines Titels im Strafgesetzbuch gar nichts gethan sei, da die Sache dann nur unter einem anderen Namen in einem anderen Titel wieder vorkomme („den Bösen seid ihr los, das Böse ist geblieben!") — denn wenn der Grundbegriff auch äußerlich als Hauptbegriff sich dar-

Digitized by Google

stellt, so achtet man dann bei jeder Spezies viel eher darauf, ob alle Merkmale des Genus zutreffen. Weil man es bei der Fälschung zu wenig scharf nahm mit den Merkmalen des Betrugsbegriffes, so mußte es kommen, daß die Frage: Ob Fälschung oder was sonst? so unerquicklich häufig laut wurde; wir erinnern an einen auch in diesen Blättern mitgetheilten Fall, da Fälschung sogar mit dem Bettel um den Rang streiten mußte.

Ein Stücklein wissenschaftlicher Quälerei oder quälerischer Wissenschaft weniger, wäre schon Gewinn, aber es soll damit nicht gesagt sein, daß man nicht noch viel weiter gehen könnte mit dem Dezimiren der Gesetzesparagraphen. —

Zu einer besonderen Ausführung dürfte sich noch die obenberührte Frage der Anwendbarkeit des §. 405 des Str.G. auf den besprochenen Fall eignen. E.

Bemerkung der Redaktion.

Das großh. Oberhofgericht wurde durch die von der großh. Staatsanwaltschaft mit Bezug auf Ziff. 2 des §. 375 und 7 des §. 373 der Str.P.O. angezeigte Nichtigkeitsbeschwerde (— wonach der Angeklagte nicht blos wegen Unterschlagung, sondern zugleich auch wegen fortgesetzter Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht hätte verurtheilt werden sollen —) veranlaßt, über die hier entscheidenden Fragen sich gleichfalls auszusprechen.

In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 27. April 1867, womit dieses Rechtsmittel als unbegründet verworfen wurde, ist ausgeführt:

Nach Maaßgabe der als festgestellt zu betrachtenden Thatsachen liegt hier, wie die großh. Staatsanwaltschaft selbst nicht bestreitet, der Thatbestand einer Unterschlagung mit allen gesetzlichen Merkmalen (Str.G.B. §. 400) unzweifelhaft vor. Es ist auch als feststehend zu betrachten, daß der Angeklagte als Zehntverrechner, wenn schon die Gemeinde die Zehntablösung vermittelte, kein öffentlicher Diener (Gemeindediener) im Sinne des Str.G.B. §§. 657. 658 und demnach auch kein öffentlicher Rechner im Sinne des Str.G.B. §. 687 war. Die nur für das besondere Vergehen der Rechnersuntreue gegebenen gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie sich nicht etwa schon aus allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und Grundsätzen ableiten lassen, können daher hier keine Anwendung finden, obwohl hier ein dem Falle des Str.G.B. §. 690 in manchen Beziehungen nicht unähnliches Verhältniß insofern vorliegt, als der Angeklagte zur Verbergung der verübten Unterschlagung die unter I. 1—4 der Entscheidungsgründe der Strafkammer näher festgestellten Verfälschungen von Quittungen, die als Rechnungsbelege benützt wurden, sich zu Schulden kommen ließ.

Es kommt nämlich in Betracht, daß nach der in Str.G.B. §. 423 gegebenen, auch für den Fall des Str.G.B. §. 430 maaßgebenden Begriffsbestimmung und nach dem im badischen Strafrecht angenommenen System in Bezug auf Fälschung und Betrug, abgesehen von besonderen Ausnahmen, nur eine solche Fälschung oder Verfälschung von Urkunden als unter Str.G.B. §. 423. 430 fallend angesehen werden darf, welche zum Zweck der Verübung eines Betrugs aus Gewinnsucht, also als Mittel zu diesem Zwecke, zur Vollführung der noch nicht, oder doch noch nicht vollständig, ausgeführten betrüglichen Vermögensbeschädigung geschieht.

Eine blos zur Verbergung der schon vollführten Vermögensbeschädigung nach bereits erlangtem Gewinn erfolgende Verfälschung von Urkunden kann demgemäß, abgesehen von etwa hinzukommenden besonderen Umständen oder gesetzlichen Bestimmungen, das Vergehen der Urkundenfälschung für sich allein nicht bilden, sondern nur, allerdings in ausgezeichnetem Grade, straferhöhend in Betracht kommen.

Vergl. R. Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht §. 9 S. 152 und 153, insbesondere Note 6.

Escher, Lehre von Betrug und Fälschung, Abschnitt II. S. 257. 261 Note.

In gleichem Sinn hat auch der diesseitige Gerichtshof in dem in Annalen Band 25 S. 257 mitgetheilten Falle entschieden; vrgl. auch Annalen Bd. 29 S. 191.

Der Fall des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesübertretungen in einer und derselben Handlung (der sog. idealen Concurrenz) gemäß Str.G.B. §. 182 kann hier nicht als vorhanden angenommen werden, da es an der Feststellung der erforderlichen Voraussetzungen zur Annahme, daß die fraglichen Fälschungen mit der Unterschlagung als eine und dieselbe Handlung erscheinen, in dieser Hinsicht fehlt.

Es erhebt sich aber nach Obigem weiter noch die Frage, ob nicht die Bestimmung des Str.G.B. §. 690, wonach in Bezug auf das Vergehen der Rechnersuntreue die Vorschrift des genannten §. 182 auch dann in An-

Digitized by Google

wendung kommt, wenn die Urkundenfälschung oder Urkundenverfälschung auch nur zur Verbergung der Rechnersuntreue geschah, auch in dem vorliegenden Fall anzuwenden ist. Diese Frage ist jedoch nach der Ansicht des Gerichtshofs aus überwiegenden Gründen zu verneinen; denn es erscheint die bezügliche Bestimmung weder als eine auf allgemeinen Grundsätzen beruhende und allgemein anwendbare Gesetzesvorschrift, noch ist sie von der Art, daß eine analoge Anwendung auf den vorliegenden, wenngleich verwandten Fall, gerechtfertigt erscheine. Das Erstere ergibt sich schon aus der obigen Darlegung; die fragliche Bestimmung kann in richtiger Auffassung des Begriffs der Verübung und Vollendung von Verbrechen nicht wohl als eine allgemein geltende nur bei Gelegenheit der Rechnersuntreue besonders ausgesprochene betrachtet werden; sie erscheint vielmehr als eine besondere Vorschrift für das Vergehen der Rechnersuntreue, das im badischen Strafrecht in mehrfacher Hinsicht, und auch in dieser, sehr eigenthümlich geregelt ist.

Vergl. Str.G.B. §§. 688. 689. 692. 694. 695 u. s. w., und hiezu Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts §. 199 S. 418 auch 415.

Es ist in dieser Beziehung namentlich hervorzuheben, daß bei der Rechnersuntreue Art und Zeit der Aneignung der Gelder gar häufig nicht näher festzustellen ist, und die Verdeckung des Abgangs zur Durchführung der Veruntreuung der Natur der Verhältnisse entsprechend so wesentlich erscheint, daß sie als mit der Willensbestimmung zur Entfremdung des Geldes stets unzertrennlich verbunden behandelt werden konnte, zumal wenn man berücksichtigt, daß hier die Verwendung zum eigenen Nutzen — auch ohne die Absicht bleibender Entziehung ohne Rückersatz — unter das Vergehen fällt.

Aus diesem Grunde ist dann auch die analoge Anwendung des Str.G.B. §. 690 auf die Unterschlagung nicht zuzulassen.

111.

Nichtigkeit von Zwangsversteigerungen.

I.

Eine sonst ordnungsmäßig vorgenommene Vollstreckungshandlung kann nicht schon wegen Nichtbeobachtung einer Förmlichkeit, sondern nur wenn dadurch auch materiell Rechte verlezt worden sind, angefochten werden. §. 928 Abs. 1 der Pr.O. L.R.S. 6k.

Eine Ehefrau bedarf zur Vertretung eines Dritten der ehemännlichen Ermächtigung, und wo ihre eheliche Güterverhältnisse dabei mit in Frage kommen, der Mitwirkung ihres Ehemannes. L.R.S. 1990. 1426. 1427.

Berichtigung von Formwidrigkeiten kann und muß vor der zweiten Versteigerung durch einfache Beschwerdeführung veranlaßt werden. §. 928 Abs. 2 der Pr.O.

Nur wegen absichtlicher oder ungewöhnlicher und ordnungswidriger Beschleunigung des Zuschlags kann die Vernichtung der Versteigerung begehrt werden.

In Sachen

des Carl Schreyer von Diedelsheim, des Peter Straub von Dittesfeld, vertreten durch Engelhard Hock von Bretten, des Ochsenwirths Knapps von Kappelrodeck, des Salomon Hock von Gondelsheim, des Hirsch Dreifuß von Diedelsheim, des Seligmann Kismann von Bretten, Kläger, hier der drei Erstgenannten, und des Berthold Scherer in Bruchsal, Appellanten, Oberappellanten

gegen

Alexander Amann, Bernhard Dewald von Bretten und Salomon Wertheimer von Bauerbach, Beklagte, Appellaten, Oberappellaten,

Nichtigkeit einer Zwangsversteigerung betreffend.

Bei der, am 23. Dezember 1863 von dem Vollstreckungsbeamten abgehaltenen zweiten Versteigerung der Liegenschaften des Carl Schreyer von Diedelsheim waren die zu 25,350 fl. geschätzten Liegenschaften um 10,000 fl. zugeschlagen worden.

Verschiedene Gläubiger des Carl Schreyer erhoben Klage gegen die Steigerer, worin sie aus verschiedenen Gründen den Antrag ableiteten, diese Versteigerung für nichtig zu erklären und fanden sich dadurch beschwert, daß ihrem Antrag in den vordern Instanzen nicht entsprochen ward.

Digitized by Google

Ueber die einzelnen Beschwerden und deren Unbegründetheit sprechen sich die Entscheidungsgründe des großh. Oberhofgerichts zum Urtheil vom 30. Dezember 1865 in Folgendem aus:

zc. Es genügt nicht, eine Verletzung einzelner für das Vollstreckungsverfahren gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu behaupten, ohne zugleich einen Causalzusammenhang derselben mit der Beschädigung eines Betheiligten nachzuweisen, indem eine sonst ordnungsmäßig vorgenommene Vollstreckungshandlung nicht schon wegen Nichtbeachtung irgend einer Förmlichkeit, sondern nur wegen der damit verbundenen materiellen Rechtsverletzung umgestoßen werden kann. §. (856). 928 Abs. 1 der Pr.O. vergl. mit L.R.S. 6k. Aber weder bei Bemängelung der vor der Versteigerung erhobenen Auszüge aus den Grund- und Pfandbüchern und der Schätzungen, noch bei Bemänglung des Umstandes, daß die Eröffnung der Schätzung an die Vertreterin des Schuldners unterlassen worden sei, ist eine speciell d a v o n a b h ä n g i g e Rechtsverletzung behauptet worden, und kann dieser Mangel nicht etwa durch eine allgemeine Hinweisung auf die Thatsache ersetzt werden, daß die Liegenschaften unter dem Schätzungswerthe zugeschlagen worden sind.

Die Vertreterin des Schuldners hatte überdies schon durch die erste Versteigerung vollständige Kenntniß aller, zur Vorbereitung derselben eingehaltenen Förmlichkeiten erhalten, und deßhalb Gelegenheit, deren Berichtigung vor der zweiten Versteigerung durch einfache Beschwerdeführung herbeizuführen. §. (856). 928 Abs. 2 d. Pr.O.

In dem gegen den Sohn betriebenen Vollstreckungsverfahren genügten übrigens die Eröffnungen an seine Mutter, die er zu seiner Vertretung bestellt hatte, und bedurfte es der Mitwirkung seines Vaters nicht, welchem der Auftrag nicht ertheilt war, die Rechte seines Sohnes ebenfalls zu wahren; jener hätte daher nur, soweit seine ehelichen Güterverhältnisse dabei in Frage gekommen wären, diese im eigenen Interesse zu vertreten gehabt; — vergl. L.R.S. 1990 — während die ehemännliche Ermächtigung der Ehefrau zur Vertretung des Sohnes an und für sich nicht beanstandet ist zc.

Bei der Bekanntmachung der Gegenstände der zweiten Versteigerung durch die Presse genügte die Hinweisung auf die früheren Bekanntmachungen, in welchen die in dieser Beziehung vorgeschriebenen Einzelheiten aufgenommen waren.

Der Inhalt der Klage hat endlich bezüglich des erheblichsten Anfechtungsgrunds durch die Beweiserhebung keine Bestätigung gefunden. Es war nämlich eine zur Benachtheiligung des Schuldners und einzelner Gläubiger gereichende absichtliche oder wenigstens ordnungswidrige Beschleunigung des Zuschlags, bei welcher der Vollstreckungsbeamte den Steigerer, von welchem das ungenügende Gebot von 10,000 fl. ausgegangen war, begünstigt habe, behauptet worden; allein aus den in den Motiven des Appellationssenats angegebenen Zeugenaussagen läßt sich nur soviel entnehmen, daß der Zuschlag ohne Rücksicht auf die vorübergehende Abwesenheit einzelner, früher bei dem Steigerungsakte anwesender, Betheiligter und ohne bedenteenderen Zwischenraum zwischen Gebot und endlichem Zuschlag erfolgt ist. Bei dem Mangel bestimmter gesetzlichen Vorschriften in dieser Beziehung *) liegt aber kein Grund vor, eine absichtliche, oder auch nur eine ungewöhnliche und ordnungswidrige Beschleunigung des Zuschlags zu unterstellen, und deßhalb die Vernichtung der Versteigerung auszusprechen."

II.

Vor dem Zuschlag ist Fehlern und Formverletzungen bei einem Steigerungsact durch das Rechtsmittel der Beschwerdeführung abzuhelfen. Nach dem Zuschlag kann aber nur gegen die Steigerer die Nichtigkeit ihres Rechtstitels, des Steigerungsacts, ausgetragen werden.

Diese Nichtigkeitsklage ist aber innerhalb 4 Wochen nach dem Zuschlag anzustellen.

In Sachen

mehrerer G l ä u b i g e r gegen die Gantmasse des Bernhard D o l l in Berghausen, Appellatin, Oberappellatin,

wegen Forderung und Vorzug,

---

*) Das königl. bayer. Gesetz vom 23. Mai 1846, das Executionsverfahren in der Pfalz betreffend, gebietet in Art. 22 — und zwar bei Strafe der Nichtigkeit:

„Der Versteigerungscommissär hat, ehe er zur Versteigerung schreitet, sämmtliche Bedingungen vorzulesen. Hierauf sollen nach und nach Lichter angezündet werden, welche so eingerichtet sind, daß jedes ungefähr eine Minute dauert. Kein Zuschlag darf geschehen, wenn nicht vorher drei solcher Lichter hinter einander erloschen sind.

Werden vor dem Erlöschen der drei ersten Lichter neue Gebote gemacht, so darf nicht zugeschlagen werden, bis zwei neue Lichter, ohne daß inzwischen ein weiteres Gebot geschehen wäre, erloschen sind zc."

Digitized by Google

hier des Gantmanns, Appellanten, Oberappellanten, gegen die Gläubiger,
wegen Nichtigerklärung einer Versteigerung,

hatte der Gantmann die von seinen Gläubigern bewirkte Versteigerung seiner Liegenschaften nur ihnen gegenüber als nichtig angefochten.

Die Ladung wurde in allen Instanzen versagt, von großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 4. Juli 1865, aus folgenden

Gründen:

„Abgesehen von der Frage, ob der Gantmann zu dieser Klage als berechtigt erscheint, so ist sie nothwendig gegen die Steigerer zu richten, da diese es sind, welche den Kaufvertrag mit den Gantgläubigern abgeschlossen und demzufolge die verkauften Liegenschaften inne haben, da sonach die Klage, welche doch zum Zwecke hat, die versteigerten Liegenschaften in die Gantmasse zurückzubringen, wenn sie nur gegen die Gläubiger gerichtet ist, als gegenstands- und erfolglos erscheint."

Bernhard Doll trat nun am 25., beziehungsweise 26. September 1865 mit einer zweiten Klage auf Nichtigerklärung jener bereits am 13. Mai 1864 abgehaltenen Versteigerung auf, indem er nun, gestützt auf 5 verschiedene Gründe, die Steigerer Gg. Ad. Raupp von Berghausen und Genossen, und zwar diese allein, belangte.

Auch diese neue Klage wurde in allen Instanzen als unstatthaft zurückgewiesen, von großh. Oberhofgericht am 25. September 1866, aus folgenden

Gründen:

Soweit es sich um Klagen oder Beschwerden wegen behaupteter Fehler bei dem Versteigerungsverfahren, um verletzte Formen bei einem Vollstreckungsact handelt, stehen dem Kläger unzweifelhaft die im allgemeinen Interesse gegebenen Bestimmungen der §§. 949. 855. 856, sonst §§. 1021. 927. 928 der Pr.O. entgegen. Es wäre zunächst — die Legitimation des Klägers vorausgesetzt, — seine Sache gewesen, im Wege der Beschwerdeführung Abhilfe wegen bezüglicher Fehler und Verletzungen zu erwirken, jedenfalls aber, sofern er auf diesem Wege keine Abhilfe erlangen konnte, die Nichtigkeitsklage innerhalb der allgemein vorgezeichneten gesetzlichen Frist von 4 Wochen nach der Vornahme der Handlung, beziehungsweise dem Zuschlag, anzustellen. Im vorliegenden Fall aber erscheint die vierwöchentliche Klagfrist unter allen Umständen als versäumt.

In der Erhebung der ersten Klage, welche gegen ganz andere Personen gerichtet war, und als hinfällig abgewiesen wurde, kann eine Wahrung der Frist überall nicht gefunden werden. Wenn man übrigens auch von der Erledigung der früheren Klage die Frist berechnen wollte, würde sie gleichwohl als versäumt erscheinen, da die neue Klage erst im September 1865 erhoben wurde.

Red.

112.

Zum Thatbestand der Begünstigung.

In den Annalen XXXII. S. 45 ff. ist eine Entscheidung des großh. Oberhofgerichts mitgetheilt, wornach es zum Thatbestand der Begünstigung durch Empfangnahme oder Weiterverkauf von gestohlenen Gegenständen nicht genügt, wenn der Thäter nur im Allgemeinen und unbestimmt das Bewußtsein hatte oder haben mußte, daß die fraglichen Gegenstände gestohlen seien, sondern dazu eine bestimmtere Kenntniß desselben von dem Verbrechen, dessen Urheber er begünstigen will, nothwendig ist. Insofern damit gesagt werden will, daß der Thatbestand der Begünstigung eine specielle Kenntniß von dem betreffenden durch den Urheber verübten Verbrechen, wie Diebstahl oder Raub u. s. w. voraussetzt, und daß es dagegen nicht genügt, wenn der Thäter nur im Allgemeinen wußte, daß überhaupt ein Verbrechen, wie Diebstahl u. s. w. verübt wurde — und dieses wollte nach Inhalt der Entscheidungsgründe offenbar das großh. Oberhofgericht aussprechen — so ist dieses eine Theorie, welche bisher in der Wissenschaft nicht aufgestellt worden ist und in der Praxis keine allgemeine Geltung gefunden hat. Denn die früheren in den Annal. XX. S. 56 und 328 mitgetheilten oberhofgerichtlichen Erkenntnisse haben diesen Grundsatz nicht mit solcher Bestimmtheit ausgesprochen, sondern jene Freisprechungen hatten hauptsächlich darin ihren Grund, daß es an dem Beweis des Hauptverbrechens (der Entwendung der fraglichen Gegenstände, beziehungsweise der Urheberschaft dieser Entwendung) fehlte.

In der Praxis hat man bisher fast allgemein angenommen, daß es für den Thatbestand der Begünstigung gleichgültig ist, welcher Diebstahl oder Raub oder welch' anderes Verbrechen verübt, wo, zu wessen Nachtheil und unter welchen Umständen die strafbare Handlung began-

Digitized by Google

gen wurde, daß es vielmehr genügt, wenn der Thäter im Allgemeinen wußte, daß überhaupt ein Verbrechen, sei es Diebstahl oder Raub, oder Unterschlagung u. s. w. verübt wurde.

Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo, l. 37 D. de legibus (1. 3).

Auch in Temme's Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands befindet sich keine Entscheidung des obersten Gerichtshofes eines anderen Landes, worin zum Thatbestand der Begünstigung dieselbe Voraussetzung gefordert wird, wie in der erwähnten oberhofgerichtlichen Entscheidung.

Puchelt hat zu §. 142 des Str.G.B. Anmerkung 7 die vom großh. Oberhofgericht ausgesprochene Ansicht als die richtige dem Gesetze entsprechende angenommen, ohne jedoch auf eine nähere Prüfung derselben einzugehen.

Wäre jene Ansicht richtig, so würde es zu den größten Seltenheiten gehören, daß Jemand wegen Begünstigung bestraft werden könnte.

Jene Ansicht steht also mit einer der obersten Interpretationsregeln nicht im Einklage, mit der Regel nämlich:

Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt, l. 5 D. de leg. (1. 3).

Es wird daher wohl der Mühe werth sein, näher zu prüfen, ob die vom großh. Oberhofgericht ausgesprochene Ansicht im Gesetze gegründet ist oder nicht.

Der §. 142 des Strafgesetzbuchs besagt mit dürren Worten:

„Wer ohne vorheriges Einverständniß dem Verbrecher erst nach der That in Beziehung auf **das Verbrechen** wissentlich Vorschub leistet, indem er ihm hinsichtlich der Sicherung oder des Genusses der Vortheile aus dem **Verbrechen** förderlich oder ihm zur Vereitlung der gerichtlichen Verfolgung behilflich ist, wird des besonderen Vergehens der Begünstigung schuldig."

Das Gesetz spricht also von dem Verbrechen überhaupt und nicht von der speciellen Handlung, es spricht von der Wissentlichkeit des Verbrechens und nicht von der Kenntniß der concreten That. Aus der Begriffsbestimmung der Begünstigung, wie sie in §. 142 gegeben ist, kann demnach mit Grund nicht gefolgert werden, daß bei der Begünstigung der Thäter specielle Kenntniß von der concreten That und den näheren Umständen derselben haben müsse.

Allerdings soll nach §. 143 die Strafe der Begünstigung nach der Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens sich richten; allein, wie sich von selbst versteht, und Sander im Archiv des Criminalrechts von 1839 S. 251, sowie Köstlin, System des deutschen Strafrechts S. 263 ausdrücklich fordert, nur insoweit als dem Begünstiger die Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens bekannt war. Gesetzt den Fall, daß ein Raub oder ein gefährlicher Diebstahl im Betrage von mehreren 100 fl. verübt wurde, der Begünstiger aber nur eine einzelne durch das Verbrechen gewonnene Sache im Werthe von einigen Gulden verheimlicht oder an sich bringt, von der ihm der Urheber die Mittheilung machte, daß sie gestohlen sei, während der Begünstiger von den übrigen Umständen der That keine Kenntniß hatte. In einem solchen Fall kann derselbe doch gewiß nicht freigesprochen werden, weil er keine specielle Kenntniß von dem Hauptverbrechen hatte, er kann aber auch nicht der Begünstigung bei einem Raub oder bei einem gefährlichen Diebstahl im Betrage von mehreren 100 fl., sondern nur der Begünstigung bei einem gemeinen Diebstahl im Betrage von ein Paar Gulden für schuldig erklärt und hiernach bestraft werden. Sander a. a. O. S. 251 erklärt es für einen Fehler des badischen und württembergischen Gesetzes, daß die Strafe der Begünstigung nach der Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens sich richten soll, indem er sagt: „Man übersehe dabei, daß der Begünstiger, eben weil er seine Begünstigung erst nach vollendetem Verbrechen eintreten lasse, keine unmittelbare Kenntniß von dem Hauptverbrechen habe, sondern solche in den meisten Fällen nur von dem Hauptverbrecher erhalte, so daß also nicht die Größe und Beschaffenheit des Hauptverbrechens die Strafe der Begünstigung bestimmen könne, sondern nur die Kenntniß des Begünstigers, welche er vom Hauptverbrechen besitzt. Wenn ein Raubmörder begünstiget, und zwar der gerichtlichen Verfolgung entzogen wird,

Digitized by Google

so kann der Begünstiger gewiß nicht nach der Beschaffenheit des Hauptverbrechens des Raubmords bestraft werden, wenn sich ihm der Raubmörder nur als ein einfacher Dieb vorstellte und er in dieser Kenntniß ihm die Flucht erleichterte. So Sander. Daraus geht doch gewiß sonnenklar hervor, daß zum Thatbestand der Begünstigung eine specielle Kenntniß der näheren Umstände des Hauptverbrechens durchaus nicht nothwendig ist.

Da die Begünstigung ein besonderes Vergehen, ein selbstständiges Delikt ist, so hat die accessorische Natur derselben nach Bauer, Abhandl. I. S. 464, und Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts (2. Aufl.) §. 107 S. 172 im Text und Note 1) nur die Bedeutung und Wirkung, daß die Begünstigungshandlung die Farbe des Verbrechens, auf welche sie sich bezieht, mehr oder weniger mit annimmt, und insofern die Rücksicht auf das Hauptverbrechen einen Strafausmessungsgrund bildet. In wieweit dieses aber der Fall ist, wurde bereits oben gezeigt. Das großh. Oberhofgericht geräth auch mit sich selbst in Widerspruch, indem nach Inhalt der Entscheidungsgründe bei der gewerbsmäßigen Begünstigung, also gerade bei der schwersten Art, eine specielle Kenntniß von dem betreffenden Verbrechen (Diebstahl) und dessen Urheber nicht nothwendig sei, sondern das Bewußtsein im Allgemeinen genügen solle, daß die Sache durch ein Verbrechen (Diebstahl oder Raub u. s. w.) gewonnen war. Damit fällt aber das ganze Gebäude der neuen Theorie in sich selbst zusammen.

Denn der §. 144 des Str.G.B. besagt nur:

„Wer sich der Begünstigung von Verbrechen gewerbsmäßig schuldig macht, ist mit Arbeitshaus u. s. w. zu bestrafen."

Das Gesetz stellt also keine besondere Begriffsbezeichnung für die gewerbsmäßige Begünstigung auf, daher zum Thatbestand derselben alle Merkmale einer einfachen Begünstigung gehören und außerdem noch der weitere Umstand der Gewerbsmäßigkeit hinzu treten muß; worunter nicht eine Mehrheit von Fällen, wie bei der Gewohnheitsmäßigkeit, sondern die Erzielung eines Gewinns zu verstehen ist. Thilo zu §. 645 des Str.G.B. Anm. 5, und Oppenhoff, Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten (4. Ausg.) zu §. 239 Anm. 1. Wenn daher zum Thatbestand der gewerbsmäßigen Begünstigung eine specielle Kenntniß des begangenen Hauptverbrechens nicht nothwendig ist, so folgt daraus arg. a majori ad minus, daß auch bei der einfachen Begünstigung eine solche Kenntniß gleichfalls nicht erforderlich ist. Endlich wird von keinem der in den Annalen XXXII. S. 47 bis 49 citirten Schriftsteller, überhaupt von keinem einzigen criminalistischen Schriftsteller die Theorie aufgestellt, daß zum Thatbestand der Begünstigung eine specielle Kenntniß von dem begangenen Hauptverbrechen und dessen Urheber gehört. Vielmehr haben sich Schriftsteller geradezu im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen.

Sander im Archiv des Criminalrechts von 1838 S. 454 und von 1839 S. 257. 275. 414. Köstlin, System des deutschen Strafrechts §. 91 S. 262 und 263.

Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts §. 107 S. 172 und §. 165 S. 328, sowie in dessen Schrift über die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen (Berlin 1847) S. 6 ff.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach dem neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. I. §. 22 S. 81.

Alle diese Schriftsteller verlangen zum Thatbestand der Begünstigung mehr nicht als das Bewußtsein oder die Kenntniß von einem begangenen Verbrechen.

Sander im Archiv von 1839 S. 261 bemerkt noch: „Die eigentlichen Begünstigungshandlungen stehen nicht in einem unmittelbaren Bezug auf das Verbrechen selbst, sondern sie beziehen sich auf die Person des Verbrechers, indem man ihm zur Flucht behilflich ist, oder sie beziehen sich auf die vom Verbrecher durch das Verbrechen schon herbeigeführten Erfolge, indem man ihm die gestohlenen Sachen verwerthen hilft.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro November 1867. No. 10.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 10.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat November 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 5. November.	
124	Steinmetz gegen Maisch. — Unwirksamkeit einer Cession. . .	Geißmar.
81	v. Böcklin gegen v. Böcklin. — Stammgutsergänzung. . .	Frantz. — Bertheau.
	Donnerstag den 7. November.	
96	Maggi-Minoprio gegen Rubin. — Einsprache gegen Vollstreckung. .	Esser. — Wedekind.
80	Huber gegen Glunk. — Forderung.	Geißmar. — v. Engelberg.
	Dienstag den 12. November.	
87	Rödel gegen Versicherungsgesellschaft Dresden. — Ersatzforderung. .	Gernandt. — Grimm.
92	Schmitt gegen Back. — Vertragsauflösung.	v. Engelberg. — Grimm.
	Donnerstag den 14. November.	
89	v. Fürstenberg gegen Schneckenburger. — Richtigkeit eines Schiedsgerichts.	Wedekind. — Marquier.
85	Ilvesheim gegen Kreuzer. — Besitzstörung.	Barazetti — Schenkb.
	Dienstag den 19. November.	
84	Sillmann gegen Sillmann. — Erbtheilung.	Barbo — Burkhardt.
99	Stupfert gegen Dillmann. — Fensterrecht.	Strauß. — Ettlinger.
	Donnerstag den 21. November.	
98	Sutter gegen Sutter. — Vermögensabsonderung.	Süpfle. — Barbo.
95	Isaak gegen Bickel. — Liegenschaftsabtretung.	Esser. — Grimm.
	Dienstag den 26. November.	
86	Jörger gegen Zaiser. — Forderung.	v. Engelberg. — Grimm.
90	Mahler gegen Mahler Gantmasse. — Vertragserfüllung. . .	v. Engelberg. — Esser.
	Donnerstag den 28. November.	
93	Futterer gegen Lösch. — Erbanspruch.	Friedmann. — Esser.
94	Futterer gegen Lösch. — Miteigenthum.	Friedmann. — Esser.

Digitized by Google

Soeben erschien und ist in der **Buchhandlung von J. Bensheimer** zu haben:

Das

allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch

mit Ausschluß des fünften Buches vom Seehandel,

unter Berücksichtigung

der von den deutschen Gerichtshöfen ausgesprochenen Präjudizien, sowie der neuen handelsgerichtlichen Literatur

dargestellt von

A. Wengler,

königl. sächsischer Gerichtsrath.

Preis eleg. br. fl. 3. 9 kr.

Die

Strafgesetzgebung

in

Deutschland

vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart

von

Dr. Albert Friedrich Berner,

ordentlicher Professor der Rechte an der Universität zu Berlin.

Preis eleg. br. fl. 3. 9 kr.

Recht und Beweis

im Civilprozesse.

Ein Beitrag

zur Kritik und Reform des deutschen Civilprozesses

von

L. von Bar.

Preis eleg. br. fl. 2. 42 kr.

Zeitschrift

für das

gesammte Handelsrecht

herausgegeben von

Dr. L. Goldschmitt, Professor und Dr. P. Laband, Professor.

Elfter Band.

Zweites Heft.

Preis des completten Bandes fl. 6.

☞ Zur Complettirung liefern wir, sowohl einzelne Bände, als auch das bis jetzt Erschienene zu ermäßigtem Preise nach.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 37.

(Schluß von Art. 112.)

Sander macht daher a. a. O. S. 274 und 275, sowie S. 414 den Vorschlag, die Begünstigung folgend zu definiren:

„Wer ohne vorheriges Einverständniß mit dem Verbrecher dem Verbrechen nach seiner Vollendung oder nach seinem stattgehabten Versuch in Beziehung auf den Verbrecher oder den Erfolg aus dem Verbrechen wissentlich Vorschub leistet, indem er dem Verbrecher zur Vereitlung der gerichtlichen Verfolgung oder zum Genuß und zur Sicherung der Vortheile aus dem Hauptverbrechen behilflich ist, macht sich der Begünstigung schuldig."

In den Annal. XXXII. S. 47—49 wird großes Gewicht darauf gelegt, daß nach Sander im Archiv des Criminalrechts von 1839 S. 406 und Köstlin System des deutschen Strafrechts S. 263 und 268 und Abhandlung aus dem Strafrecht S. 332 bei der Hehlerei und gewerbsmäßigen Begünstigung eine specielle Kenntniß des begangenen Hauptverbrechens nicht nothwendig sei. Allein daraus kann mit Grund noch nicht gefolgert werden, daß dieses das Charakteristische dieser beiden Vergehen und das Unterscheidungsmerkmal von der einfachen Begünstigung sei.

Das Unterscheidungsmerkmal der gewerbsmäßigen von der einfachen Begünstigung liegt lediglich in dem Umstand der Gewerbsmäßigkeit. Und das Unterscheidungsmerkmal der Hehlerei von der Begünstigung liegt darin, daß der Hehler um seines eigenen Vortheils willen handelt, sich selbst die Früchte des Verbrechens oder einen Theil derselben zu verschaffen sucht, was aber den Thatbestand der Begünstigung nicht ausschließt. Denn durch das Ansichbringen einer gestohlenen Sache um des eigenen Vortheils willen, wird zugleich auch dem Hauptverbrechen und dessen Urheber Vorschub geleistet.

In den Annal. XXXII. S. 48 wird sich auch noch auf Hepp im Archiv des Criminalrechts von 1846 S. 349 für die oberhofgerichtliche Entscheidung berufen. Allein dieser Schriftsteller erklärt blos, daß das gemeine Recht und die neuen Gesetzgebungen zur Strafbarkeit des Begünstigers wie des Anstifters und des Gehilfen rechtswidrigen Vorsatz oder verbrecherische Absicht (wenn auch nur dolus eventualis) verlangen.

Während also von keinem Schriftsteller die oberhofgerichtliche Theorie unterstützt wird, hat dagegen Oppenhoff, Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten zu §. 37, der die Begünstigung in gleicher Weise definirt, wie der §. 142 unseres Str.G.B. in Anmerk. 5 und 14 sich folgend ausgesprochen:

„Die hier geforderte Wissentlichkeit setzt nicht eine Kenntniß von dem speciellen, durch den Thäter verübten Verbrechen oder Vergehen voraus; es genügt, wenn der Beistandleistende weiß, daß der Andere ein Verbrechen oder Vergehen begangen habe, und daß die eigene Thätigkeit darauf abziele, den Thäter der Bestrafung zu entziehen oder ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern."

„Zur Bestrafung der Begünstigung kommt es nicht wesentlich darauf an, daß der begünstigte Thäter ermittelt sei, nicht einmal darauf, daß der Begünstigende den Begünstigten gekannt und mit ihm in unmittelbarer Verbindung gestanden habe; man kann durch Vermittlung eines Dritten auch einen Unbekannten begünstigen, z. B. wenn man sich von Leuten, welche selbst nicht Diebe, sondern Hehler sind, dazu gebrauchen läßt, für die Diebe die gestohlene Sache zu veräußern."

Ebenso hat sich Oppenhoff zu §. 237, der von Hehlerei handelt, in Anm. 1. 2. 3. 38 und 39 erklärt.

Ich glaube hiemit nachgewiesen zu haben, daß die neue oberhofgerichtliche Theorie weder im Gesetze noch außerhalb demselben ihre Begründung findet, daß somit zum Thatbestand der einfachen, wie der gewerbsmäßigen Begünstigung eine specielle Kenntniß des begangenen Hauptverbrechens nicht nothwendig ist, sondern es genügt, wenn der Thäter im Allgemeinen wußte oder wissen mußte, daß über-

Digitized by Google

haupt ein Verbrechen begangen worden ist und er dem Urheber des Verbrechens Vorschub leisten wollte.

Haager.

113.

Das Recht eines Mühlenbesitzers auf Beschränkung der Uferanstößer in Mitbenützung des vorüberfließenden Wassers erscheint als selbstständige Dienstgerechtigkeit zu Gunsten der Mühle, und kann durch 30jährigen Nichtgebrauch verfessen werden. L.R.S. 706. 707.

In Sachen
des Müllers Joseph Stoll von Offnadingen, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
die Gemeinde Ehrenstetten, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,
Störung in Ausübung eines Wasserbenützungsrechts betreffend,

war in der Klage für die Mühle des Klägers nicht blos das Mitbenutzungsrecht an dem Bache, wie es nach den Bestimmungen der L.R.S.S. 645 und 644 der an einem fließenden Wasser befindlichen Mühle neben den Rechten anderer Uferanstößer, namentlich der anstoßenden Wiesenbesitzer auf die Benutzung des Wassers zur Wiesenwässerung — zustehen soll, sondern ein vorzugsweises Recht auf jenes Wasser in der Weise angesprochen, daß stetshin und vor Allem der Wasserbedarf der klägerischen Mühle von 9 Cubikfuß Wasser per Secunde gedeckt sein müsse, und nur, sofern ein Ueberwasser vorhanden sei, die Wiesenbesitzer dieses zu benützen, berechtigt sein sollen.

Der Kläger war mit diesem Anspruch in den vordern Instanzen auf Grund der von beklagter Seite vorgeschützten Einrede der Erlöschung des klägerischerseits angesprochenen Rechts durch Nichtgebrauch desselben, beziehungsweise der von Seite der Beklagten erfolgten Ersitzung der Freiheit abgewiesen worden.

Das großh. Oberhofgericht erkannte am 10. Januar 1867 aus folgenden

Gründen

bestätigend:

Muß man das Recht des Uferanstößers auf Mitbenützung des vorüberfließenden Baches zur Wiesenwässerung als eine Zugehörde seines Eigenthums am Ufergelände betrachten,

vrgl. Demolombe, cours de droit civil. Servitude in Art. 644 No. 32,

und zwar auch nach dem deutschen Privatrechte,

Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht §. 267 Ziff. V.,

so erscheint das diesem gegenüberstehende vorzugsweise Recht des Mühlebesitzers, durch welches jenes natürliche Recht des Ufereigenthümers beschränkt werden soll, gleich einer Dienstgerechtigkeit zu Gunsten der Mühle, wie auch

Eichhorn, a. a. O. §. 269 Ziff. V. a. E.

es betrachtet. Auf ein solches Vorrecht in der Wasserbenutzung, welches sich nicht unmittelbar auf das Gesetz gründet, sondern eine durch Menschenhandlung erworbene Servitut darstellt, ist daher auch die Bestimmung des L.R.S. 706 und 707 anwendbar, wonach diese Rechte durch dreißigjährigen Nichtgebrauch verfessen werden. Daß hiebei die Vorderinstanzen dieses vom Kläger angesprochene Recht als eine selbstständige Dienstgerechtigkeit mit der hievon in L.R.S. 707 geknüpften Folge — behandelt haben, erscheint gerechtfertigt, da es sich um einen von selbst fortgehenden Wasserzufluß handelt;

vergl. Dalloz, Répertoire Band XL., Servitude No. 245 ff. S. 115;

jedenfalls wäre durch diese Auffassung der Kläger nicht beschwert.

Es ist aber auch durch den gerichtlichen Augenschein und durch die in erster und zweiter Instanz abgehörten Zeugen der Beweis selbst rechtsgenügend hergestellt, daß — wie der angeführte L.R.S. 707 voraussetzt, seit mehr als 30 Jahren an den fraglichen Bächen die Wiesenwässerung von Seite der anstoßenden Wiesenbesitzer in einer Weise, welche mit dem angesprochenen Vorrechte des Klägers im Widerspruch steht, ausgeübt worden ist. Die an diesem Bache bestehenden Wässerungseinrichtungen selbst sind nicht so geschaffen, daß die Wiesenwässerung nur dann eintreten könnte, wenn der Wasserstand in dem Bache eine gewisse Höhe überschreitet, sondern die in dem Bache eingelegten Wehre in Verbindung mit den in das Ufer eingeschnittenen Einlaßgräben, deren Schwellen ebenso tief wie die Bachsohle liegen, sind geeignet, die ganze Wassermenge des Bachs ab- und in die anstoßenden Wiesen zu leiten, zugleich ist durch übereinstimmende Zeugenaussagen dargethan, daß die

Digitized by Google

Wiesenbesitzer von diesen Wässerungseinrichtungen namentlich auch zu sog. wasserklemmen Zeiten, wo dem Kläger dieses Wasser zum Betrieb seiner Mühle nöthig gewesen wäre, unbeschränkten Gebrauch gemacht, und das Wasser, ohne Rücksicht auf den Wasserbedarf der Mühle, für die Wässerung der Wiesen verwendet und selbst gänzlich erschöpft haben ꝛc.

Namentlich in dem letzterwähnten Bezug des Wassers von Seiten der Wiesenbesitzer auch zu wasserarmen Zeiten liegt die unzweideutige Zuwiderhandlung gegen jedes Vorrecht, wie es der Kläger auf das Wasser bis zu einer gewissen Höhe des Wasserstandes anspricht, und da derselbe diese Nichtachtung seines Vorrechtes so lange Zeit hatte geschehen lassen, so mußte darin eine Erlöschung desselben durch Nichtgebrauch erkannt werden ꝛc.

Wenn klägerischer Seits auch darauf Gewicht gelegt wird, daß hinsichtlich des im Bett des Möhlinflüßchens selbst befindlichen Wassers in der Gemarkung Kirchhofen und hinsichtlich eines dort einmündenden Zuflusses das klägerische Recht dargethan sei, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß hinsichtlich des hier in Frage stehenden, nicht auf jener Gemarkung fließenden Waldbächleins, da wo es noch für sich besteht und noch nicht in das Möhlinflüßchen eingemündet hat, ein besonderes Rechtsverhältniß bezüglich der Benützung des Wassers zur Wiesenwässerung bestanden oder sich gebildet haben kann ꝛc.

Red.

114.

Sind die Gerichte verpflichtet, auf Andringen des Gläubigers einer von ihm beklagten Ehefrau dieser die Ermächtigung zur Prozeßführung zu ertheilen, wenn der Mann sie ihr stillschweigend oder ausdrücklich versagt? [1])

Wenn dies verneint wird, welches Verfahren ist einzuschlagen, um dem Gläubiger zu seinem Rechte zu verhelfen?

L.R.S. 215. 218. Gesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit und das Notariat §. 3.

Diese Fragen kamen bei dem Appellationssenate des Kreises Offenburg kürzlich zur Erörterung, als Bacheberle die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau Rimmele zur Prozeßführung begehrte. Er hatte an diese Ehefrau eine schon vor Eingehung ihrer Ehe durch einen unbedingten Befehl festgestellte Forderung und begehrte, um das Vollstreckungsverfahren anzubahnen, die Erneuerung der Frist nach §. 851 der Pr.O. mit dem Antrag, daß der Ehefrau, wenn der Ehemann ihr die Ermächtigung vor Gericht zu stehen, verweigere, die gerichtliche Ermächtigung hiezu gegeben werde, insoferne dies für nothwendig erachtet werden solle. Der Gerichtsnotar, dem der Amtsrichter den Schriftsatz zur weiteren Verfügung mitgetheilt hatte, ließ den Ehemann vorrufen und vernahm ihn. Als Letzterer aber das Bedenken äußerte, durch einen entstehenden Prozeß Schaden zu leiden, und deßhalb sich weigerte, die ehemännliche Ermächtigung zur Prozeßführung zu geben, so erklärte der Gerichtsnotar bei dem Mangel eines Antrags der Ehefrau auf gerichtliche Ermächtigung zur Prozeßführung sei er nicht veranlaßt, solche zu ertheilen. Gegen diese Verfügung ergriff der kläger'sche Anwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an den Appellationssenat, indem er ausführte, daß bei der absoluten Verfügung des L.R.S. 215, wornach eine Ehefrau ohne Ermächtigung nicht vor Gericht stehen könne, durch die Weigerung des Ehemannes die Ermächtigung zu ertheilen, die Gläubiger der Ehefrau geradezu rechtlos seien, wenn nicht die Gerichte die Ermächtigung ertheilten. Die Beschwerde wurde verworfen trotz der gewichtigen Gründe, welche Ammann in Annalen (1846 Bd. XIV. S. 295) geltend macht, trotz der entgegenstehenden Ansicht Grolmann's (II. Bd. S. 511 u. ff.), und trotz der französischen Praxis, welche Demolombe, Cours de C. c. t. II. nro. 269, belgische Ausgabe S. 240 bezeugt. [2])

[1]) Vergl. Annalen XIV. S. 295. Jahrb. n. F. VI. S. 382 R.R. Red.

[2]) Demolombe sagt unter Verweisung auf Locré, Legislat. civ. XXIII. p. 151:

„L'orateur du gouvernement vient de nous dire, que l'autorisation en ce qui regarde l'action du tiers demandeur n'est qu'une simple formalité, que la justice supplée, quand le mari la refuse. Faut-il en conclure, que les juges doivent alors l'accorder sans connaissance de la cause, ou même qu'ils ne pourraient pas la refuser? La vérité est, qu'en fait et dans la pratique cette autorisation n'est point dans ce cas l'object d'un examen spécial, distinct de l'appréciation de la demande principale formée contre la femme; et il parait, que les choses se passent ainsi déjà depuis longtemps." (Lebrun, de la comm. liv. I. ch. 1. sect. VI. nro. 2.)

D. G.

Digitized by Google

Wenn dieser Bedenken ungeachtet der Appellationssenat zu einer andern Anschauung gelangte, als diejenige ist, als deren Trägerin die französische Gerichtsübung schon seit langer Zeit sich darstellt, so wird es wohl gerechtfertigt sein durch diese Veröffentlichung zur erneuten Prüfung der hier einschlagenden zweifelerregenden Fragen Anlaß zu geben, um so mehr, als in dem kleinen Lande Baden bei den beinahe immer zusammentreffenden Willen und Interessen beider Ehegatten, einer gegen die Ehefrau gerichteten Klage zu begegnen, eine eigentliche Gerichtsübung durch mehrfache Entscheidung der Gerichtshöfe kaum sich bilden konnte.

Der Grund zu diesen hier auftauchenden Zweifeln liegt offenbar in einer Lücke der Gesetzgebung. Der S. 215 des C. c. spricht ganz unumwunden, und ohne irgend eine Beschränkung aus, daß eine Ehefrau ohne Ermächtigung des Mannes nicht vor Gericht stehen kann (ester en justice).[3] Die nothwendige Folge dieses Satzes ist allerdings die Rechtlosigkeit des Gläubigers, wenn der Ehemann seiner beklagten Gattin die Ermächtigung, vor Gericht zu stehen, nicht ertheilt, und diese fehlende Ermächtigung nicht auf andere Weise ersetzt wird. Es wird auch ganz richtig sein, was Ammann in dem oben erwähnten Aufsatze ausführt, daß ein Contumatialerkenntniß gegen die Ehefrau (— allein —) dem Gläubiger nichts nütze, da ein fingirtes Zugeständniß doch wohl keine größere Wirkung haben könne, als ein ausdrückliches, dieses aber „aus Abgang der Ermächtigung von der Frau, dem Manne, und deren Erben" nach L.R.S. 225 angefochten werden könne. Die französischen Rechtsgelehrten und Gerichte, wie auch Grolmann, finden den Ersatz darin, daß bei der Weigerung des Ehemannes die Ermächtigung zu ertheilen, solche von den Gerichten ertheilt werden müsse. Man ist aber genöthigt, hiebei zuzugestehen, daß eine solche Intervention der Gerichte als eine leere Förmlichkeit von ihnen zu erfüllen sei.[4]) Zachariä (Bd. III. §. 472) sagt jedoch, daß die zu den „Rechtsgeschäften der Ehefrauen (vor Gericht oder zu ihren Rechtshandlungen) nothwendige Autorisation des Ehemannes nicht als eine Förmlichkeit der in Frage stehenden Geschäfte, sondern schlechthin nach den von der Einwilligung geltenden Grundsätzen zu beurtheilen" sei. Er stellt es daher in die Willkühr des Mannes, ob er diese Autorisation ertheilen will, oder nicht, und fährt fort: Wenn er diese Autorisation verweigert, so kann diese nach Befinden von dem kompetenten Gerichte ertheilt werden. Ist diese Auffassung Zachariä's auch für den Fall richtig, daß die Ehefrau nicht Klägerin, sondern Beklagte ist, alsdann ist die Ertheilung der gerichtlichen Ermächtigung nicht eine leere Förmlichkeit, sondern es willigt das Gericht, statt des weigernden Ehemannes ein. Es scheint auch eine unwürdige Zumuthung an die Gerichte zu sein, sich zur Trägerin leerer Förmlichkeiten hergeben zu müssen. Und jedenfalls darf eine solche Verpflichtung nicht vermuthet werden, die nicht eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes den Gerichten auferlegt. Dies ist aber gerade hier nicht der Fall. Die Sätze 218. 2208. 219. 222 geben vielmehr dem Gerichte anheim, ob sie die Ermächtigung ertheilen wollen, oder nicht. S. 218 lautet im Urtext: le juge peut donner l'autorisation: und die Uebersetzung in unserm L.R. lautet noch bedeutsamer „kann nach Umständen,", was doch offenbar den Richter darauf hinweist, diese Umstände zu prüfen. Auch Demolombe fühlt das Unwürdige einer solchen Zumuthung. Nachdem er, wie oben in der Note angegeben, das Vorhandensein der französischen Praxis konstatirt hatte, fährt er fort: Mais je pense néanmoins qu'en droit la

---

[3]) Biret, Vocabulaire de cinque Codes erklärt dies dahin:

„Ces mots signifient comparaître en justice, en jugement, soit en demandant, ou défendant. On dit néanmoins „ester à droit" en parlant du demandeur. Hiernach würde der obige Fall, wo es sich nur um die wiederholte Zustellung eines gerichtlichen, bereits rechtskräftigen Zahlungsbefehls handelt, kaum unter das ester en justice fallen. Es würde genügt haben, der Frau und dem Manne eine gleichlautende Fertigung zugestellt zu haben. Der Gerichtshof glaubte jedoch, daß, nachdem das Amtsgericht auf die Anschauung des kläger'schen Anwaltes eingegangen war, die Beschwerde nicht aus diesem Grunde verworfen werden dürfe." D. E.

[4]) Grolmann sagt hierüber II. S. 514:

„Hier wird des Mannes Autorisation nur darum begehrt, weil er ein Interesse dabei hat, zu wissen, daß seine Frau belangt sei, damit er das Erforderliche zur Wahrung ihrer Rechte thun könne. Dieser Zweck wird dadurch, daß er zur Ertheilung der Autorisation aufgefordert wird, genügend erreicht. Es bedarf daher der ergänzenden Ermächtigung der Gerichte nur als einer sichernden Formalität, um das Factum der geschehenen Aufforderung des Mannes und seiner Weigerung zu constatiren. Darum kann hier das Gericht wirken, an welches die Klage gebracht ist, und es kann, wenn jenes Factum constatirt ist, kurzer Hand von Amtswegen die verweigerte Autorisation ergänzen." D. E.

Digitized by Google

justice pourrait après examen préalable refuser à la femme, même défenderesse l'autorisation d'ester en jugement: les textes le supposent ainsi (comp. art. 218. 222. 2208).[5])

Will die klagende oder beklagte Ehefrau den Prozeß führen, wozu ihr der Ehemann die Ermächtigung versagt, dann hat das französische Gesetz in den Art. 861 u. ff. Code de proc. ihr die Mittel und Wege an Handen gegeben, wie sie es anzufangen hat, daß statt seiner, die Gerichte ihr die Ermächtigung ertheilen.[6]) Für den Fall aber, daß auch die Ehefrau nicht geneigt ist, den Prozeß zu führen, sei es, daß sie von der Richtigkeit der ehemännlichen Ansicht überzeugt ist, oder, um ehelichen Unfrieden zu vermeiden, ihrem Manne nachgibt, hat das französische Prozeßgesetz dem Gläubiger eine solche Befugniß, wie sie in dem Art. 861 u. ff. C. d. pr. der Ehefrau gegeben ist, nirgends eingeräumt. Wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, auch dem Gläubiger eine solche Befugniß einzuräumen, so lag die Veranlassung, dies ausdrücklich zu thun, so nahe, daß man hier von einem Uebersehen kaum sprechen kann.

Noch weniger hat das bürgerliche Gesetzbuch den Gerichten an irgend einer Stelle den Zwang auferlegt, im Falle der Weigerung des Mannes die Ermächtigung zu ertheilen. Sonst müßte der Satz 218 lauten: so kann — und wenn die Ehefrau belangt ist, so muß der Richter die Ermächtigung ertheilen. Auch hier lag für den Gesetzgeber die dringende Veranlassung vor, seinem Willen, wenn er dahin gegangen wäre, einen bestimmten Ausdruck zu geben, ja eine noch viel dringendere, als wenn es sich nur um einen Rechtsstreit handelt, den die Ehefrau als Klägerin anfangen will, weil hier das Recht eines Dritten in Frage liegt, auf welches die Ehe der verpflichteten Ehefrau keinen Einfluß üben kann, noch darf.

Fehlt in dem Code civil und dem code de proc. eine specielle Bestimmung für unsern Fall, so wird man nach L.R.S. 4a untersuchen müssen, ob denn die bei uns bestehende Gesetzgebung nicht einen hinreichend sichernden Ausweg[7]) bietet, um dem durch L.R.S. 215 ausgesprochenen Gebot gerecht zu werden, und gleichwohl den Richter nicht zum Träger „leerer Förmlichkeit" herabzuwürdigen. Ich gehe bei dieser Untersuchung von folgenden Sätzen aus:

„Die Autorisation der Ehefrau ist nicht wegen der Schwäche des Geschlechts, sondern deßhalb gegeben, damit unter den Handlungen der Frau nicht der Mann und das eheliche Verhältniß Noth leidet.[8])

Dadurch darf aber nicht beeinträchtigt werden:

a) Das Interesse der Frau. Denn mißbraucht der Mann seine ehemännliche Herrschaft, so verletzt er seine ihm durch die S.S. 213. 214 auferlegten Pflichten, wodurch er seiner Frau zum Beistand, und zum Schutze verpflichtet ist. Sie hat daher das Recht, gegen ihren Mann, der ihr diesen Beistand versagt, bei Gericht Schutz zu suchen.

b) Das Interesse der Gläubiger seiner Ehefrau. Denn wenn sie nur Gläubiger der Ehefrau, nicht auch der Gemeinschaft, oder des Mannes zugleich sind, so entspringt ihr Recht außerhalb der Ehe und unabhängig von ihr. Das eheliche Verhältniß kann ihnen daher nicht im Wege stehen.

---

[5]) Er rechtfertigt seine Ansicht durch den Beisatz:

„Il ne serait pas impossible, que la resistance de la femme fût si evidemment mal fondée, que l'on crût devoir ne pas l'autoriser à s'attirer une condamnation inévitable à des dépens; et même à dommages-intérêts. Ce refus surtout pourrait avoir lieu, si le mari ne se bornait pas à ne pas comparaître sur l'assignation à lui donnée par le tiers demandeur et prenait au contraire des conclusions à fin, que la justice refusât à sa femme l'autorisation de plaider . . . . ; or il importe aussi que s'il se trouve (et il y en a) des femmes, qui veuillent plaider quand même, et resister à l'évidence, on puisse également les en empêcher." D. E.

[6]) Auch hier entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen, nach Anhörung des Staatsprokurators, und kann die erbetene Ermächtigung auch versagen. Die Ehefrau muß zuvor eine Sommation an ihren Mann gerichtet haben, ihr die Ermächtigung zu ertheilen: auf seine Weigerung erbittet sie sich von dem Gerichtspräsidenten die Erlaubniß, ihren Mann in die Gerichtssitzung vorladen zu lassen, damit er dort die Gründe seiner Weigerung erläutere. D. E.

[7]) Zachariä, l. c. gibt einen Fingerzeig in den Worten:

„Die Fragen: von welchem Gericht kann die Autorisation ertheilt werden, sei es, daß der Mann die Frau nicht autorisiren kann, oder daß er sie nicht autorisiren will? Welches Verfahren ist in dem einen oder dem andern Falle einzuschlagen, um die Autorisation des Gerichtes zu erlangen? bleiben dem Prozeßrechte vorbehalten." D. E.

[8]) Grolmann II. S. 458. Anschütz in Note 4 zu Zachariä §. 472 S. 72 sagt unter Verweisung auf Annalen V. S. 153:

„Die eheherrliche Autorisation ist germanischen Ursprungs. Sie ist ein Ausfluß des Mundium's, der Schutzgewalt des Mannes. D. E

Eine durch das Gesetz begründete Schutzmaaßregel kann nicht weiter reichen, als das Bedürfniß zu schützen."

Die aus diesen Sätzen zu ziehenden Folgerungen dürften Folgende sein:

Die Gefahren, welche dem Mann und der Ehe aus der Uebernahme eines Prozesses durch die Ehefrau — als Beklagte (das durch die Uebernahme der Rolle als Klägerin entstehende Verhältniß liegt außer dem Kreise unserer Untersuchung —) erwachsen, können doppelter Art sei:

moralischer Natur, durch den Unfrieden, die Unzufriedenheit, welche ein solcher Prozeß in das eheliche Verhältniß hinein trägt *), und

vermögensrechtlicher Natur. In letzterer Richtung ist aber zu beachten, daß, wenn die Ehefrau Beklagte ist, durch die Verweigerung der Ermächtigung das durch die Klage angegriffene Vermögen der Ehefrau nicht erhalten, nichts gewonnen, errungen werden, sondern nur derjenige Schaden abgewendet werden kann, der durch die Führung eines langwierigen, kostspieligen Prozesses entsteht. Denn die Folge der Verweigerung kann nur darin bestehen, daß dem gerichtlichen Andringen der klagend auftretenden Gläubiger stillschweigend — durch die Passivität — nachgegeben, der Anspruch der Kläger von dem Manne anerkannt wird. Sonst käme man zu dem Ergebnisse, daß es dem Manne gestattet wäre, Rechte an das Vermögen seiner Frau, die außer dem ehelichen Verhältnisse entstanden sind, und nicht mit demselben zusammenhängen, durch seine Willkühr zu zerstören und sich über das, die Rechte der Staatsangehörigen ordnende Gesetz zu stellen.

Erste Alternative.

Dieses stillschweigende Anerkenntniß des Rechtes der Gläubiger an die beklagte Ehefrau kann aber Letzterer Gefahr bringen. Hält sie die Anschauung des Mannes für unbegründet, und kommt sie dadurch in Conflict mit dem Manne, welcher „aus einer eigensinnigen Laune oder unedeln Leidenschaft," wie S. 515 Grolmann sagt, die Ermächtigung verweigert, so steht ihr das Recht zu, den Richter anzugeben, daß er ihr die Ermächtigung ertheilt. Nun treten die L.R.S.S. 218. 219 C. d. pr. Art. 861 u. ff. und § 3 des Gesetzes vom 28. Mai 1864 über das Notariat rc. in's Mittel. Hier aber ist in der That ein Fall vorhanden, wo der Richter zu prüfen hat, ob der Mann sich in den Schranken und Pflichten seiner ehemännlichen Herrschaft benimmt, oder sie verletzt. Im letzteren Fall gibt, im ersteren verweigert das Gericht die stellvertretende Ermächtigung. (Le juge „peut," „kann unter Umständen.")

Zweite Alternative.

Die Frau kann aber auch nicht gewillt sein, dieses Rechtsmittels sich zu bedienen, sei es aus Gründen des ehelichen Friedens, sei es, weil sie mit dem Manne darin übereinstimmt, daß es zuträglicher sei, dem gerichtlich erhobenen Anspruche nicht durch Führung des Prozesses zu begegnen. Vielleicht erkennt sie die der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen an, und hat keine Beweise für entgegenstehende Einreden, ohne gewillt zu sein, außergerichtlich den Anspruch anzuerkennen, und dadurch dem Richter die Entscheidung der Rechtsfrage zu entziehen. Hier befindet sie sich mit ihrem Ehemanne auf dem gleichen Boden derselben Anschauung. Und hier erhebt sich nun die Frage, wie dem Gläubiger zu seinem Rechte zu verhelfen ist?

Die Franzosen beantworten diese Frage:

„Durch die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau vor Gericht zu stehen:" und zwar, indem sie darin eine Pflicht des Richters erkennen, eine Pflicht, die ihm jedoch nicht das Gesetz, wie oben gezeigt, sondern die Auslegung aufzwingt.

Faßt man aber die Bedeutung dieses Aktes näher in das Auge, so scheint es mir, daß diese gerichtliche Ermächtigung nicht eine eigentliche Ermächtigung, d. h. die Verleihung eines Rechtes, einer Erlaubniß ist, was die Ehefrau sonst nicht hat, sondern vielmehr die Auferlegung eines Zwanges, einer Pflicht, nicht nur wider ihres Mannes Willen einen Prozeß zu führen, sondern wider ihren **eigenen** Willen. Denn hat sie diesen Willen, so steht ihr in L.R.S. 218 das Mittel zu Gebote, sich die Erlaubniß zu erwirken.

Es wird dadurch also dem Gläubiger das Recht eingeräumt, durch den Richter, der ihm blindlings folgen

*) Brauer in Annalen V. S. 155 sagt:

„Es gibt Familienrücksichten, Scheu vor den Drangsalen eines unendlichen Prozesses und andere Gründe die Menge, welche einen Ehemann vernünftiger Weise bestimmen konnten, der Frau die Ermächtigung zu versagen, und die Behörde hat die Pflicht, diese Erwägungen des Ehevogtes zu achten, auch wenn das Prozessiren an sich „nicht so absolut verwerflich wäre."" D. E.

Digitized by Google

muß, Eheleuten einen Theil ihres ehelichen Verhältnisses zu entziehen, auf das er unter keinen Umständen einen Einfluß üben darf, da er damit nichts zu schaffen hat, und dadurch möglicher Weise Unfrieden in die Ehe, deren Heilighaltung sich das Gesetz sehr angelegen sein läßt, hineinzuwerfen. Ich halte diesen Zwang der Prozeßübernahme für im Gesetz (215 218) nicht begründet, und schlechthin für einen Widerspruch gegen die Ehe, sowie sie das Gesetz organisirt hat.

Man kann dagegen nicht wohl den Einwand erheben, daß durch diese gerichtliche Ermächtigung die Ehefrau nicht zur Führung eines Prozesses veranlaßt, sondern ihr nur die durch L.R.S. 215 den Ehefrauen entzogene Freiheit in gerichtlichen Angelegenheiten nach freiem Ermessen zu handeln zurückgegeben, und dadurch die Möglichkeit beschafft werde, gegen eine beklagte Ehefrau ein rechtlich wirksames Versäumungserkenntniß zu erlangen.

Allein dies widerspricht nicht nur dem Begriffe von vor Gericht stehen (ester en justice, wie es Biret erläutert), sondern man würde damit in einem Falle wiederum nicht zum Ziele kommen. Wenn nämlich die beklagte Ehefrau dem eheherrlichen Verbote zuwider den Prozeß führen will, und sie geht das Gericht an, ihr die Ermächtigung zu ertheilen, das Gericht versagt aber die Ermächtigung, wie dann? Darüber wird ein Zweifel nicht herrschen, daß wenn die Frau von dem Rechte des Art. 861 C. d. pr. Gebrauch macht, und das Gericht findet die Weigerung des Mannes, sich in keinen Prozeß einzulassen, vollständig begründet, daß es alsdann durch die Ertheilung der gerichtlichen Ermächtigung den Mann nicht zwingt, einen die Ehe mit empfindlichen Nachtheilen bedrohenden Prozeß zu dulden.[10]) Versagt aber in einem solchen Falle das Gericht der ihren Ehemann hiezu belangenden Frau die Ermächtigung, so befindet sich der Gläubiger in derselben Lage der Schutzlosigkeit. Er kann den Ehemann nicht verklagen, weil er nicht der Verpflichtete ist, und kann die Ehefrau nicht belangen, weil ihr die Fähigkeit abgeht, wirksam zu prozessiren oder ein durch ein Contumazialerkenntniß fingirtes Geständniß abzulegen.

Hier muß also ein anderer Ausweg gefunden werden, und mir scheint, daß unsere Prozeßgesetzgebung einen solchen darbietet.

Die französischen Rechtslehrer, und auch Grolmann l. c. stimmen darüber ein, daß der Gläubiger, welcher eine Ehefrau belangen will, verpflichtet ist, dem Manne die Aufforderung zugehen zu lassen, seine Frau zum Prozesse zu ermächtigen, und daß er zu diesem Behufe eine Doppelschrift der Klage ihm zustellen zu lassen hat.

Verfolgen wir den dieser französischen Gerichtsübung zu Grunde liegenden Gedanken, so werden wir in unserem badischen Contumazialverfahren einen ausreichenden Schutz finden, ohne daß wir nöthig haben, dem Richter eine Pflicht aufzudringen, die ihn in die peinlichsten Verlegenheiten[11]) führt. Auch Demolombe[12]) ist zu dem gleichen Auswege gekommen, wenn er ihn gleich nicht näher entwickelt.

Es scheint alles darauf anzukommen, daß man die Rechtsnachtheile richtig androht, um durch deren Ausspruch den Gläubiger vollständig sicher zu stellen. Dies wird geschehen können, wenn man in's Auge faßt, was ich oben als feststehenden Satz angeführt habe, daß nicht im Interesse der Frau, sondern im Interesse des Mannes und der Ehe die Ermächtigung der Frau durch den Mann eingeführt wurde. Es ist daher nur nöthig dem Manne volle Kenntniß von dem Stande der Sache zu verschaffen und ihm Gelegenheit zu geben, daß er das bedrohte Interesse, das seinige wie das der Ehe wahren kann. Dies geschieht, indem ihm die Dop-

---

[10]) Auch Grolmann S. 516 läßt in diesem Falle dem Gerichte die Wahl, ob es die von der Frau begehrte Autorisation abschlägt, oder ertheilt, welches Letztere natürlich nur aus gewichtigen Gründen geschehen kann, weil es dem Staate selbst interessant sein muß, die Gewalt der Ehemänner aufrecht zu halten, und nicht den Gedanken zu unterstützen, daß das Weib nur an einige Formen gebunden sei, um überall ihrem Willen gegen des Mannes Willen Wirksamkeit zu verschaffen." D. E.

[11]) Ammann theilt in dem cit. Aufsatze den Ausspruch Chardon's mit, der diese Verlegenheiten treffend zeichnet. Um wie viel peinlicher muß aber die Lage des Richters werden, wenn er sich von der Triftigkeit der Gründe des Mannes überzeugt hat, und gleichwohl gezwungen sein soll, die wohl begründete Verweigerung der Prozeßführung umzustoßen, und die Frau gegen den Willen des Mannes, und gegen ihr eigenes Interesse zum Prozesse zu ermächtigen? D. E.

[12]) II. No. 269 am Schlusse: „Mais qu'arriverait-il alors? (wenn die Frau die gerichtliche Ermächtigung nachgesucht hatte, das Gericht aber, die Gründe des Mannes würdigend, das Gesuch der Ehefrau abschlägt), la femme, ne pouvant pas ester en jugement sans autorisation, n'y serait pas légalement présente; elle serait donc jugée par défaut." D. E.

Digitized by Google

pelschrift der Klage, und eine Ausfertigung der Ladung zugestellt wird.

Das Contumazialverfahren besteht in dem Androhen des rechtlichen Nachtheils für den Fall, daß der gerichtlichen Auflage keine Folge geleistet wird, und in dem Aussprechen desselben im Falle des Ungehorsams. Indem das Gesetz nirgends einen Zwang, Jemanden zu einer prozessualischen Handlung zu nöthigen, also auch nicht gegen den Ehemann kennt, daß er ausdrücklich seine Ehefrau ermächtige, — positiv eine Handlung vornehme — so besteht der Nachtheil darin, daß er die aus seiner Nichtwahrung der ehemännlichen und ehelichen Interessen sich ergebenden Folgen auf sich nehme, die daraus hervorgehen, daß er seine Ehefrau nicht zum Rechtsstreite ermächtigt.

Der Rechtsnachtheil, den auf die Klage gegen eine Ehefrau, die Beklagte, der Richter androht, ist der gewöhnliche, daß die Thatsachen für zugestanden angenommen werden 2c.

Der Rechtsnachtheil, der dem Ehemann angedroht werden muß, besteht daher darin:

> daß, wenn er seine Ehefrau zum Prozesse nicht ermächtige, angenommen werden müsse, daß auch er zu dem Ausspruche des seiner Ehefrau angedrohten Rechtsnachtheils zustimme.

Dies scheint mir vollständig dem Gesetze, und dessen Geist entsprechend, und zwar sowohl dem Prozeßgesetze als dem Landrechte. Man entgeht dem Vorwurfe, daß eine contumacia der nicht ermächtigten Ehefrau mehr wirke, als ein gerichtliches Zugeständniß derselben. Der Frau ist die Gelegenheit gegeben, gegen ihren widerstrebenden Ehegatten sich die gerichtliche Ermächtigung ertheilen zu lassen. Sie kennt das dem Manne angedrohte Präjudiz, und ihr Ungehorsam ist ein freiwilliger. Der Mann kennt die ihm und der Ehe angedrohten Nachtheile, denen er begegnen kann, wenn er will. Wenn er ungehorsam ist, so gibt er dadurch wenigstens stillschweigend seiner Ehefrau die Zustimmung zu ihrem Ungehorsam. Wenn man will, kann man sogar in diesen Präjudizien die richterliche Ermächtigung der Ehefrau zu dem Ungehorsame erblicken und darin theilweise wenigstens den Franzosen begegnen.

Die in dieser Ausführung enthaltenen Gründe haben den Hauptrichtungen nach: wenigstens — den Appellationssenat bestimmt, die Beschwerde in dem Eingangs geschilderten Falle zu verwerfen. Der Schluß der hiezu gegebenen Entscheidungsgründe lautet:

„In Erwägung, daß die Ehefrau, wenn sie in der ihr gegebenen Befugniß, bei der Weigerung des Mannes den Richter um die Ermächtigung anzugehen, keinen Gebrauch macht, dadurch zu erkennen gibt, daß sie den Ansprüchen des Gläubigers nicht entgegen treten wolle, daher der Ausspruch des ihr mit der Ladung angedrohten Rechtsnachtheils, daß im Falle ihres Ungehorsams die in der Klage angeführten Thatsachen für zugestanden angenommen werden, ihr nicht aufgedrungen wird, sondern sie ihn freiwillig auf sich nimmt; der Ehemann aber, wenn ihm die Doppelschrift der Klage mit der Ladungsverfügung behändigt, und an ihn die richterliche Aufforderung gerichtet wird, seiner Frau die Ermächtigung zum Prozesse zu ertheilen, widrigenfalls angenommen würde, daß er zu dem ungehorsamen Ausbleiben seiner Frau die Zustimmung ertheile, sich in vollständiger Kenntniß der Sachlage, und in der Möglichkeit befindet, zu untersuchen, was seinem und dem Vortheil der Ehe, in deren Interesse allein das Institut der Ermächtigung in L.R.S. 215 eingeführt ist, frommt, ihm daher überlassen bleibt, ob er seiner Ehefrau die Ermächtigung zum Prozesse, oder zu der durch ungehorsames Ausbleiben stillschweigend ausgesprochenen Anerkennung der Klagthatsachen ertheilen wolle."

Aus diesen Gründen 2c. Ottendorff.

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Da in Folge der neuesten Regierungsvorlagen an die jetzt versammelten Kammern der Landstände die Erlassung der wichtigen Gesetze über

Ministerverantwortlichkeit, Presse, Vereine und parlamentarische Redefreiheit

in sicherer Aussicht steht, so beehre ich mich anzuzeigen, daß sofort nach deren Publikation als

Ergänzungsband zu den Erläuterungen des Strafgesetz-Buches

von

Kreisgerichts-Director **Dr. Puchelt**

eine Ausgabe dieser Gesetze mit Erläuterungen von demselben Herrn Verfasser bei mir erscheinen wird. Bestellungen werden bereits von der Unterzeichneten, wie von allen Buchhandlungen angenommen.

Mannheim, den 1. October 1867

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. **No. 38.**

115.

Von dem Steigerer von Liegenschaften, welcher diese in Vollzug eines Auftrags aber auf seinen Namen gesteigert hat, kann deren Herausgabe nicht eher verlangt werden, als bis derselbe Zahlung, beziehungsweise Deckung für die bei der Steigerung übernommenen Verbindlichkeiten erhalten hat.

In neuerer Zeit werden öfter von Personen, deren Liegenschaften im Vollstreckungswege versteigert worden sind, oder von ihren Angehörigen gegen Verwandte oder Freunde, welche diese Liegenschaften ersteigert haben, Klagen auf Grund der Behauptung erhoben, daß die Steigerer von den Klägern den Auftrag erhalten und angenommen haben, für sie oder ihre Familie zu steigern, oder daß die Steigerer vor oder nach der Steigerung die Zusage gemacht und die Kläger diese angenommen haben, die Liegenschaften den Klägern herauszugeben.

Die schwache Seite dieser Klagen ist aber meist die, daß über den Ersatz des von den Steigerern gezahlten oder zu zahlenden Preises hinweggegangen oder in dieser Beziehung dem Steigerer allerlei Zumuthungen gemacht, auch, wenn er die Liegenschaften weiter verkauft hat, ohne Weiteres der Ueber erlös von ihm verlangt wird.

Das großh. Oberhofgericht hatte

In Sachen

der Pauline Zimmermann von Kirchhofen, nun verehelicht mit Jakob Boyer in Ulm, und der Sophie Zimmermann von Kirchhofen, Kläger, Appellanten, — jetzt der Letzteren für sich und als Cessionarin der Pauline Zimmermann, Oberappellantin

gegen

Anton Zimmermann von Freiburg, nun in Heitersheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Herausgabe von Liegenschaften betr.

Veranlassung, die Abweisung eines solchen Anspruchs in den vordern Instanzen zu bestätigen.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 14. Juni 1866:

Die von den zwei Töchtern des Michael Zimmermann, Pauline und Sophie Zimmermann, oder jetzt von der Letzteren für sich und als Cessionarin ihrer genannten Schwester ausgeführte Oberappellation ist gegen die von den Vorderinstanzen ausgesprochene Abweisung der Klage gerichtet.

Ihre Beschwerde erscheint aber nicht als begründet.

Zwar würde die von klagender Seite behauptete Uebereinkunft zwischen dem Vater der Klägerinnen und dem Beklagten, Bruder des Ersteren, wornach der Erstere den Beklagten beauftragt hätte, die fraglichen, zur Zwangsversteigerung kommenden Liegenschaften für die klagenden Kinder zu ersteigern, sofern der Beklagte diesen Auftrag angenommen hätte, und die bezeichneten Kinder den Auftrag gutgeheißen haben, — wohl geeignet sein, ein wirksames Rechtsverhältniß zwischen dem Beklagten, der jene Liegenschaften in der Folge wirklich ersteigert hat, und den klagenden Kindern zu begründen. Es würde auch der Umstand nicht entgegenstehen, daß, wie klagender Seits weiter behauptet ist, der Beklagte für die bemerkten Kinder hinsichtlich der Erstattung des von ihm übernommenen Kaufpreises u. dgl. nicht gerade dieselben Bestimmungen als maaßgebend geltend machen sollte, welche ihm selbst unmittelbar bei der Steigerung auferlegt waren, sondern daß er für seine deßfallsige Deckung den klagenden Kindern günstigere Bedingungen zugestanden haben soll. Und ebenso kann nicht entgegengehalten werden, daß bei der fraglichen Versteigerung vom 13. October 1851 der Beklagte der Versteigerungscommission nicht kund gab, daß er für die fraglichen Kinder steigere, und die Steigerung deßhalb auf seinen Namen gestellt worden sei, denn, nachdem der Beklagte den Auftrag erhalten und angenommen hatte, die fraglichen Liegenschaften für jene Kinder zu erwerben, so bleibt er diesen gegenüber verbunden, die erworbenen Liegenschaften gemäß L.R.S. 1993 ihnen auszuliefern.

Vrgl. Troplong du mandat zu Art. 1997 No. 519 S. 156.

Digitized by Google

Allein nach der eigenen Darstellung der Klägerinnen hatte, wie bemerkt, der Beklagte keineswegs sich verbindlich gemacht, ihnen die für sie zu erwerbenden Liegenschaften unentgeldlich, sondern gegen Ersatz seines ausgelegten Kaufpreises u. s. w. auszufolgen; und es hat auch der Beklagte eine deßfallsige Berechnung aufgestellt. Nach der klägerischen Darstellung sollte nun der Beklagte sich für jene Auslagen nach und nach aus dem Erträgniß der unter jenen Liegenschaften befindlichen Reben, oder aus dem Erträgniß der Liegenschaften überhaupt befriedigt machen. Da aber, wie Klägerinnen selbst anführen und Beklagter zugibt, der Letztere inzwischen am 29. Dezember 1856 (und beziehungsweise 14. Januar 1858) die fraglichen Liegenschaften wieder an dritte Personen veräußert hat, und die Klägerinnen selbst nicht annehmen, daß Beklagter für seinen ausgelegten Kaufpreis u. s. w. schon durch die in der Zwischenzeit bezogenen Erträgnisse der Liegenschaften befriedigt worden sei, so hätten die Klägerinnen, um ihr Verlangen auf Ausfolgung der fraglichen Liegenschaften aufrecht zu erhalten, näher angeben und darthun müssen, in welcher Weise nun der Beklagte die ihm gebührende Deckung erhalten könne und solle. Da diese Angabe von klägerischer Seite nicht geschehen, so kann der Anspruch an Beklagten auf Ausfolgung oder Verschaffung jener Liegenschaften, sowie dieser Anspruch vorgetragen ist, nicht als begründet erachtet werden.

Dem in der gegenwärtigen Instanz von dem klagenden Theil in der Oberappellations-Beschwerdeschrift gestellten eventuellen Begehren aber, daß der Beklagte den bei der Wiederveräußerung der fraglichen Liegenschaften erzielten Uebererlös an die klagenden Kinder herauszuzahlen schuldig erkannt werde, kann keine Folge gegeben werden. Es war nämlich ein solches eventuelles Begehren in der Klage selbst, obwohl im Texte der letzteren von jenem Uebererlöse die Rede ist, nicht gestellt, sondern vielmehr nur nach dem förmlichen auf Ausfolgung oder Beischaffung der Liegenschaften gerichteten Klagbegehren, als eine Art Vergleichs-Anerbieten, in allgemeinen Ausdrücken die Geneigtheit der Klägerinnen bemerkt worden, sich mit Auszahlung des erwähnten angeblichen Gewinns zu begnügen; — abgesehen davon, daß auch dieser angebliche Gewinn des Beklagten noch näher seinem Betrage nach begründet werden müßte. Es kann auch dieses eventuelle Begehren keineswegs, wie der oberappellantische Anwalt darzustellen suchte, als in dem Hauptbegehren schon mit enthalten betrachtet werden, da es auf etwas von dem Letztern wesentlich Verschiedenes gerichtet ist. ꝛc. Red.

116.

Die zum Ordnen der Passivlegitimation nachgetragene Begründung der Haftbarkeit des Beklagten auf seine Eigenschaft als Theilhaber einer Handelsgesellschaft (A.S. 212. 213. §§. 724. 725 der Pr.O.), ist nicht als Klageänderung aufzufassen. §§. 253. 254 der Pr.O.

In Sachen

der Gantmasse des Philipp Veit in Niederemmendingen, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

David Veit, Handelsmann in Karlsruhe, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Rückforderung betreffend,

enthalten die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 13. April 1867 folgende Ausführung:

Was den vom Beklagten geltend gemachten Mangel der Sachermächtigung auf Seiten des Beklagten selbst betrifft, so hat sich allerdings herausgestellt, daß die als nichtig angefochtenen Handlungen, beziehungsweise Empfänge, nicht vom Beklagten für sich, sondern auf Rechnung der offenen Handelsgesellschaft D. Veit und Comp., deren Theilhaber der Beklagte ist, vorgenommen wurden; allein mit der erwähnten Beschränkung, wonach hinsichtlich der von der Gesellschaft erworbenen Gegenstände der Beklagte nur als Gesellschafter gemäß Handelsgesetzbuch Art. 112 für schuldig erklärt wird, dafür zu haften, daß die angesprochenen Pfandscheine und Uhren durch die Gesellschaft der Klägerin auf Begehren zurückerstattet werden, erscheint der Klaganspruch immerhin begründet.

Zwar hat die Klägerin nicht schon in der Klagschrift, sondern erst in der Replikschrift für den Fall, daß der Beklagte nicht als der rechte Betheiligte erschiene, sich darauf berufen, daß der Klaganspruch gegen den Beklagten als Theilhaber der offenen Handelsgesellschaft

Digitized by Google

nach Art. 112. 113 des Handelsgesetzbuchs begründet erscheine, was sodann in der mündlichen Verhandlung wiederholt und näher geltend gemacht wurde; es wäre daher die Frage, ob ein solcher Klagnachtrag nach Pr.O. §. 253 Abs. 2, §. 254, §. 992 und 996 als zulässig erscheint, zu erörtern und zu entscheiden, wenn in dem erwähnten Vorbringen eine unerlaubte Klagänderung im Sinne des Pr.O. §. 254 liegen würde.

Der Gerichtshof ist jedoch der Ansicht, daß eine solche Klagänderung hier nicht vorliegt, das betreffende Vorbringen vielmehr nur als eine nach §. 253 Abs. 1 der Pr.O. gestattete Erläuterung und Ergänzung der Klage erscheint, da nach demselben auch die Person des Beklagten, wie die wesentliche Klagbegründung und die Klagbitte, die nämliche bleibt und nur die Haftbarkeit des Beklagten auch noch in anderer Rücksicht durch Berufung auf eine weitere Gesetzesbestimmung gerechtfertigt, namentlich aber die beanstandete Sachlegitimation geordnet wird. Hiernach fällt die Erörterung und Entscheidung der oben bezeichneten Frage als unnöthig hinweg. ꝛc. Red.

117.

Literatur-Bericht.

Der in dem Berichte in No. 37 der Annalen vom Jahre 1866 (Ziff. 138. I.) S. 296 ausgesprochene Wunsch nach baldiger Vollendung der von Herrn Prof. Behaghel in Freiburg unternommenen Bearbeitung unseres Landrechts geht seiner Erfüllung entgegen. Sie ist nämlich im Drucke bereits bis zum Anfang des dritten Titels im dritten Buch (Von Verträgen und Vertragsverbindlichkeiten) gefördert. Wenn das Erbrecht ausnahmsweise eingehender behandelt ist, als die anderen Materien, so erklärt und rechtfertigt sich dies durch die Wichtigkeit dieses Theils des Rechts und die große praktische Bedeutung desselben.

Der Herr Verfasser hofft das Werk bis Ende dieses Jahrs zu vollenden.

Red.

118.

Beihilfe zum Verbrechen.

Entgegnung auf Annal. XXXIII. No. 28 S. 224.

Es kann mir nur lieb sein, wenn die in meinen Erläuterungen zu unserem Strafgesetzbuch ausgesprochenen Ansichten zum Gegenstande wissenschaftlicher Prüfung und Besprechung gemacht werden; denn ungeachtet des Bewußtseins redlichen Strebens bin ich doch überzeugt, daß in einem so umfassenden und so schwierigen Werke mancherlei Unrichtigkeiten sich finden werden, wie auch unser Strafrecht reich, nur zu reich an Streitfragen ist, also auch abweichende Meinungen mit gleich guten Gründen sich vertheidigen lassen.

Demnach ist es nicht sowohl die Vertheidigung meines Buches, als vielmehr der Wunsch, einen wichtigen Grundsatz sicher zu stellen, was mich zur Entgegnung auf den allegirten Aufsatz veranlaßt. Zwar hat bereits die verehrliche Redaktion in der Note Seite 225 in kurzer, treffender Weise den richtigen Gesichtspunkt im Wesentlichen gewahrt, allein eine nähere Beleuchtung der Frage im Einzelnen dürfte gegenüber den Gründen des gegnerischen Aufsatzes als zweckmäßig erscheinen.

Der Begriff von Beihilfe hat sich in der Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung erst nach und nach gebildet, und sind dabei jetzt drei Hauptrichtungen zu unterscheiden:

1) der objective Standpunkt, dessen Hauptvertreter Feuerbach, Lehrbuch §§. 45 und 46 ist, wornach der Urheber als Hauptursache, der Gehilfe als Nebenursache des Verbrechens betrachtet wird. Diesem Standpunkt folgt mit der Mehrzahl der neueren Gesetze das unsere, indem es in §. 134 von Erleichtern, oder Befördern eines Verbrechens spricht;
2) der subjective Standpunkt, wornach es darauf ankommt, in wessen Absicht das Verbrechen liegt, und als Urheber der erscheint, welcher für die eigene Absicht wirkt, während der Gehilfe für eine fremde Absicht thätig ist;
3) der mittlere und richtige Standpunkt, wornach weder allein die Art der Thätigkeit, noch allein die Absicht entscheidet, sondern beide mit einander verbunden den Charakter der Handlung bestimmen.

Vrgl. Köstlin, System S. 275 ff., Berner, Lehrbuch S. 174.

Wenn oben gesagt wurde, daß unser Gesetz dem ersten Standpunkt huldigt, so gestattet es doch die Berücksichtigung des zweiten, weil es in seine Definition die Worte aufnahm: „das vorsätzliche Verbrechen **eines Anderen.**" Die Hauptschwierigkeit

Digitized by Google

dieses Standpunktes bildet die Frage wegen des Hauptgehilfen (socius principalis), worüber zu vergleichen sind in meinem Buche Bem. 1. 4 zu §. 134, Bem. 1. 2 zu §. 139, und welche nur dann richtig gelöst werden kann, wenn man die Rücksicht auf die äußere Handlung und jene auf die Absicht des Handelnden mit einander verbindet. So lang die Handlung nur Nebenursache des Verbrechens eines Anderen ist, bildet sie unzweifelhaft Beihilfe, geht sie aber darüber hinaus, so kommt es auf die Absicht an, ob der Handelnde für sich selbst das Verbrechen begeht, also Urheber oder Miturheber ist, oder aber ob er es für einen Andern verüben will, also Gehilfe ist. Ist aber die Handlung von der Art, daß sie nothwendig die selbstständige Begehung des Verbrechens voraussetzt, so erscheint der Handelnde jedenfalls als Urheber oder Miturheber.

Nach allen drei Auffassungen ist erforderlich, daß die Handlung im Causalnexus zu dem Verbrechen des Anderen steht, und dies ist nicht möglich, wenn eine Handlung erst nach Vollendung des Verbrechens geschieht. Die scheinbare Ausnahme in §. 135 Ziff. 3 erklärt sich daraus, daß eine solche Zusage vor Verübung des Verbrechens den verbrecherischen Entschluß des Urhebers bestärkt, also schon unter Ziff. 1 fällt, nämlich eine Art von intellectueller Beihilfe ist. Vrgl. meine Bem. 3 zu §. 135.

Ganz übereinstimmend hiermit sind die allerdings nur Beispielsweise angeführten Fälle des §. 135 Ziff. 1. 2 auf die Zeit vor und bei Ausführung der That beschränkt, und es ist eine unzulässige Auslegung oder Interpolation, wenn der gegnerische Aufsatz den Schlußsatz der Ziff. 2 von deren maaßgebenden Eingangsworten trennen und daraus eine Beihilfe nach der That machen will.

Dies bestätigt §. 142, nach welchem Alles, was nach der That, d. h. nach Vollendung des Verbrechens oder nach Vornahme der Versuchshandlung und Beihilfe — (vergl. meine Bemerk. 1. 6 zu §. 142), ohne vorgängiges Einverständniß zu Gunsten des Verbrechers von Anderen gethan wird, das besondere Vergehen der Begünstigung bildet. Mithin rechtfertigt sich nach dem Geiste und den Worten des Gesetzes vollkommen die im gegnerischen Aufsatze besonders stark angefochtene Stelle meiner Bem. 1 zu §. 142, daß nämlich eine Theilnahme an einer begangenen Handlung geradezu unmöglich ist; übrigens ist dieselbe mit Unrecht mir zugeschrieben, während sie zu den dort wörtlich abgedruckten und allegirten Motiven unseres Strafgesetzbuches gehört.

Diese Stelle ist nämlich mit dem weiteren Inhalte der betreffenden Motive in Verbindung zu bringen und soll dann nur das ausdrücken, was ich oben als Sinn des §. 142 angegeben habe.

Wende ich mich nun zu den einzelnen Beispielen des gegnerischen Aufsatzes, so sind dieselben theilweise sehr unbestimmt. Die Beförderung einer im Sinne von §. 560 vollendeten Brandstiftung durch Vernagelung der Feuerspritzen kann nach dem Obigen nicht Beihilfe sein und wäre allerdings nur unter der Voraussetzung meiner Bem. 7 zu §. 142 Begünstigung der Brandstiftung, sonst aber bildete sie eine erschwerte, boshafte Sachbeschädigung nach §§. 570. 571 Ziff. 4 unter Umständen auch nach §. 573.

Nach §§. 104. 105 ist die Körperverletzung erst mit dem eingetretenen Erfolge vollendet, und dazu gehört bei Krankheit deren Dauer (vergl. meine Bem. 4 zu §. 226), also kann die nach der verletzenden Handlung, aber vor Vollendung des Verbrechens, durch einen Anderen wissentlich bewirkte Verlängerung der Krankheit Beihilfe sein; allein die im gegnerischen Aufsatze erwähnten Fälle von Einträufeln einer schädlichen Flüssigkeit in die Wunde oder Wunden des Körpers des Verletzten zur Vermehrung der Blutung enthalten eine Beschädigung der Gesundheit, bilden also nach §. 225 das Verbrechen der Körperverletzung, welches auch die Gesundheitsbeschädigung umfaßt. Vergl. meine Bem. 6 §. 225.

Bei dem Morde ist das Verbrechen, wie der gegnerische Aufsatz selbst anerkennt, nach §§. 104. 203 erst mit Eintritt des Todes vollendet, also würde auch ich mit dem gegnerischen Aufsatze Beihilfe annehmen, wenn Jemand durch Zurückhaltung des Arztes den Tod befördert, aber sie erfolgt dann eben vor der Vollendung, und zwar nach der verletzenden That, aber nicht nach der „begangenen Handlung,“ weil hier darunter bezüglich vollendeter Verbrechen mit Erfolg eben auch dieser zu verstehen ist.

Bei der Ehrenkränkung in Druckschriften tritt die Vollendung erst mit der Verbreitung ein, und deßhalb konnte ich auf S. 446 meines Buches ohne Inconsequenz sagen, daß, bevor die Verbreitung geschehen, Beihilfe möglich sei.

Was der gegnerische Aufsatz sonst enthält, stimmt

Digitized by Google

theils mit den obigen Ausführungen überein, theils bezieht es sich auf die allzu wörtliche und den Zusammenhang nicht genug beachtende Auslegung jener Stelle aus den Motiven. Dr. Puchelt.

119.

Vaterschaftsklage.

Freiwilliges Geständniß. L.R.S. 340a.
Annal. XXIV. S. 249; XXVII. S. 57.
Magazin V. S. 188.
Ernährungspflicht rückwärts bis zum Tage der Geburt des Kindes.
Einrede der Abfindung.

In Sachen
der Thekla Schwank von Gernsbach, als Vormünderin ihrer unehelichen Tochter Elisabeth Schwank, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin
gegen
Gottfried Lemmerich von da, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,
Vaterschaft und Alimentation betr.,
ist in den
Entscheidungsgründen
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 5. Juli 1866 ausgesprochen:

Unter den Geständnissen, durch welche gemäß L.R.S. 340a ausnahmsweise einer Klage auf Vaterschaft Eingang verschafft werden kann, sind auch diejenigen begriffen, welche dritten Personen gegenüber abgelegt werden, indem das Gesetz nur ein freiwilliges Geständniß verlangt, ohne zu unterscheiden, vor wem dasselbe erfolgt ist, weßhalb die Beschwerde des Beklagten, daß der erhobenen Klage in zweiter Instanz statt gegeben worden, obgleich die Klägerin keine ihr gegenüber abgelegte Geständnisse behauptet habe, als verwerflich erscheint.

Außergerichtliche mündliche Geständnisse genügen zwar für sich allein nicht zum Ausspruche der Vaterschaft, sondern sie müssen schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere aber bei einer Standessache, wo strenger Beweis erforderlich ist, noch durch andere Beweismittel unterstützt sein, um als freiwillige ernstliche Geständnisse gelten und einen vollständigen Beweis der Vaterschaft erstellen zu können ꝛc.

Die gesetzliche Folge von der Vaterschaft des Beklagten ist, daß dem Beklagten auch die Pflicht zur Ernährung desselben obliegt, und zwar ist er hierzu nicht blos vom Tage der behändigten Ladung, sondern gemäß L.R.S. 1372. 1375, vergl. mit 1437 von der Geburt des Kindes an verbunden, indem keine Umstände vorliegen, aus welchen die Absicht der Klägerin, die Ernährungskosten für sich allein zu bestreiten, entnommen werden könnte, vielmehr die Thatsachen, daß zwischen der Niederkunft und der Ladungsbehändigung ein nur kurzer Zwischenraum in Mitte liegt, und daß innerhalb desselben die Parteien wegen Abfindung der Klägerin unterhandelten, das Gegentheil sich unterstellen läßt.

Die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Abfindung, welche übrigens bei der mündlichen Verhandlung dieser Instanz nicht mehr aufrecht erhalten wurde, — stellt sich jedenfalls, und zwar soweit dieselbe die Vaterschaft, also den bürgerlichen Stand des Kindes betrifft, nach L.R.S. 1128, vergl. mit L.R.S. 6 und 328, hinsichtlich des Anspruchs auf Ernährung aber nach L.R.S. 2046a, als verwerflich dar ꝛc.

Red.

120.

I. Auslegung des §. 107 des Forstgesetzes vom Jahre 1833.

II. Ueber die Nothwendigkeit eines Gesetzes zum Vollzug des Forstgesetzes in seinen Bestimmungen über die Feststellung des Maaßes der Holzberechtigung und ihrer Ablösung.

Siehe oben Ziff. 3 und 4 S. 10 ff.

Das Forstgesetz vom Jahre 1833 gibt, nachdem es im §. 105 verordnet hatte, daß der Umfang einer Forstberechtigung sich nach ihrem Rechtstitel, und soweit dieser nicht Maaß gibt, nach den Bestimmungen des folgenden Abschnitts (§§. 106 bis 120) richtet, die weitere Vorschrift:

§. 107.

„Da, wo der Rechtstitel eine besondere Bestimmung bezeichnet, darf das Holz nicht anders verwendet werden.

Ist für den Holzbezug kein bestimmtes Maaß festgesetzt, so richtet sich derselbe nach dem Bedürf-

niß der eigenen Haushaltung des Berechtigten, vorbehaltlich der verhältnißmäßigen Mitbenützung des Eigenthümers nach dem Bedarf seiner Haushaltung. Der Waldeigenthümer kann verlangen, daß an die Stelle des bisherigen unbestimmten Maaßes das Maaß des künftigen Holzbezugs ein für alle mal festgesetzt werde.

Auch wo bei einer Holzberechtigung ein bestimmtes Maaß festgesetzt ist, kann der Bezug immerhin den nachhaltigen Ertrag des Waldes nicht übersteigen, vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche des Berechtigten, wenn der Waldeigenthümer durch Verminderung des nachhaltigen Bestandes den Ertrag unter das Maaß der Berechtigung herabgebracht hat."

Ueber den Sinn dieser Gesetzesstelle haben drei collegiale Instanzen drei verschiedene Ansichten in dem Rechtsstreit der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin, Coappellatin, Oberappellantin gegen die Gemeinde Oberlenzkirch, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Coappellantin, Oberappellatin, Feststellung des Maaßes einer Holzberechtigung betreffend, ausgesprochen.

Das Thatsächliche des Falles ist dargestellt in den Entscheidungsgründen.

Die klagende Standesherrschaft erkennt an, daß sie durch rechtskräftige, in der Klage einzeln angeführte Urtheile verpflichtet sei, der Gemeinde Oberlenzkirch aus gewissen belasteten Waldungen das jährlich benöthigte Brenn-, Nutz- und Bauholz für alle ihre jeweiligen Bürger ohne Unterschied, vorbehaltlich besonderer Nachweisung eines Jeden, denselben für jedes Jahr, unentgeldlich insoweit abzugeben, als es die Regeln der Forstwirthschaft erlauben.

Auf Grund der so durch die Urtheile für die beklagte Gemeinde geschaffenen und von der Standesherrschaft anerkannten Rechtstitel begehrt nun die Klägerin, daß in Anwendung des §. 107 des F.G. das für den bisherigen Holzbezug unbestimmt gebliebene Maaß für die Zukunft ein für allemal festgesetzt werde.

Diesem Begehren wird Seitens der Beklagten mit der Behauptung entgegen getreten, daß in erster Reihe der §. 207 des F.G. im vorliegenden Falle überhaupt nicht anwendbar und jedenfalls die Art und Weise nicht gerechtfertigt sei, in welcher die Standesherrschaft die Fixation bewirkt haben will.

Es behauptet nämlich die beklagte Gemeinde, daß die Fixation des Bedürfnisses hinsichtlich des Bau- und Nutzholzes unmöglich, daß ferner der §. 107 des F.G. nur für solche Fälle gegeben sei, wo ein bestimmtes Individuum, nicht aber wo — wie hier — eine Gemeinde als berechtigt erscheine.

Die in der vorbereitenden Schrift noch weiter gegen die Zulässigkeit der Fixation geltend gemachte Behauptung, daß schon die Urtheile selbst Maaß und Zeit bestimmt hätten, und es somit an der zur Fixation gesetzlich geforderten Voraussetzung eines unbestimmten Maaßes fehle, wurde in der öffentlichen Verhandlung nicht mehr aufgestellt, vielmehr in dieser Richtung zugegeben, daß das Maaß der Berechtigung zum Bezug des Holzes unbestimmt sei.

In der That kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß mit den angerufenen Urtheilen nur der Umfang der Holzberechtigung dahin bestimmt ist, daß die Holzabgabe alljährlich stattzufinden, daß sie mit Brenn-, Nutz- und Bauholz und an alle jeweiligen (also die gegenwärtigen und zukünftigen) Gemeindebürger ohne Unterschied zu geschehen habe, während sich das Maaß nach dem jährlich wechselnden Bedürfniß der einzelnen bezugsberechtigten Bürger zu richten hat, somit unbestimmt geblieben ist. —

Unterwirft man nun die Einwendungen der Beklagten einer näheren Prüfung, so erscheinen sie nicht begründet. Das Forstgesetz spricht im §. 107 nur von Holzberechtigung und Holzbezug im Allgemeinen, ohne Nutz- und Bauholz auszuschließen und unterwirft also auch diese Holzarten dem Rechte des Eigenthümers zur Fixation. Unmöglich kann aber angenommen werden, daß das Gesetz hier ein Recht gegeben hätte, dessen Ausübung eine Sache der Unmöglichkeit wäre.

Es kann vielmehr die Fixation von Nutz- und Bauholz nach seinem jährlichen Bedarf ebensowohl fixirt werden, als auch die im §. 104 des F.G. erwähnte Ablösung der Berechtigung zum Bezug an Nutz- und Brennholz ausführbar ist, wobei nach gesetzlicher Bestimmung der Werth der Holzberechtigung abzuschätzen und hiernach der Waldantheil zu bestimmen ist, den der belastete Eigenthümer dem Berechtigten zu Eigenthum zu überlassen hat.

Zwar stellt das Forstgesetz selbst keine Regel für solche Abschätzung des Werthes auf und wird deßhalb die Frage, welcher Zeitpunkt für die Abschätzung be-

Digitized by Google

ziehungsweise Fixation einer Holzberechtigung maaßgebend sei nach dem allgemeinen auch für Verträge geltenden Grundsatz: „praesens tempus semper intelligitur, si aliud comprehensum non est," zu entscheiden sein, wornach die Berechnung des jährlichen Bedarfs der Berechtigten nach dem gegenwärtigen Stand ihres Bedürfnisses zu geschehen hätte.

Jahrb. für bad. Recht v. J. 1859 — S. 229.

Die weiter hier sich aufwerfende Frage aber, in welchem Zeitpunkte der gegenwärtige Stand des Bedürfnisses maaßgebend werden soll, ist dahin zu entscheiden, daß als solcher Zeitpunkt der Tag der Zustellung der Klage zu gelten habe, da erst mit diesem Tage die Rechtsanhängigkeit eintritt, und der belastete Eigenthümer vorher nicht berechtigt sein kann, die Abgabe des Holzes in dem bisher geleisteten Maaße nach dem jeweiligen jährlichen Bedürfniß der Berechtigten einseitig einzustellen.

Die Zustellung der Klage in diesem Rechtsstreit erfolgte aber an die Gemeinde unterm 17. Febr. d. J. und dieser Zeitpunkt also wäre für Ausmessung des gegenwärtigen Standes des Bedürfnisses maaßgebend.

Annalen v. J. 1859 Bd. XXVI. S. 126 u. 177.

Die weiter vom Beklagten geltend gemachte Einwendung betreffend, daß das Forstgesetz die Fixation des jährlichen Bedürfnisses des Holzbezuges nur gegenüber bestimmten berechtigten Individuen, nicht aber moralischen Personen gegenüber zulasse, so erscheint solche gleichfalls unbegründet; denn es spricht das Forstgesetz überall nur von „Berechtigten," ohne irgend die moralischen Personen als Träger des Rechtes auszuschließen, und geht außerdem aus den Verhandlungen der Kammern zum Forstgesetz genügend hervor, daß die auf gleichen Grundsätzen beruhende und zu gleichem Zwecke geschaffene Ablösung des Beholzungsrechts nicht eigentlich für die Fälle Anwendung zu finden habe, wo die Gemeinde als die berechtigte Person erscheint; abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle in erster Reihe gerade die Gemeindebürger, also einzelne Individuen als die Berechtigten sich darstellen.

Hiernach wären die gegen die gesetzliche Zulässigkeit der Fixation des hier in Frage stehenden Holzbezuges von beklagter Seite vorgetragenen Gründe nicht stichhaltig, und erscheinen vielmehr die Voraussetzungen vorhanden, welche das Verlangen der Standesherrschaft zur Fixation des jährlichen Bedürfnisses zum Holzbezug auf ein bestimmtes Maaß rechtfertigen.

Ungerechtfertigt dagegen scheint das Begehren der Standesherrschaft hinsichtlich der Art und Weise, wie diese Fixation geschehen soll.

Es verlangt nämlich die Klägerin, es habe die Fixation statt zu finden nach der Zahl der im Augenblick der Klagezustellung vorhandenen Bürger, ohne Rücksicht auf deren etwa sich ergebende Vermehrung, lediglich nach Maaßgabe der jetzt bestehenden Familien und Häuser und mit Ausschluß des etwa durch gewerbliche Einrichtungen hervorgerufenen Mehrbedarfs an Holz.

In dieser Richtung nun ist die Behauptung der beklagten Gemeinde dahin begründet, daß eine Fixation nach solchen, von der Klägerin aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch komme mit dem durch rechtskräftige Urtheile der Gemeinde Oberlenzkirch geschaffenen Rechtstitel.

Die in der Klage angerufenen Urtheile und namentlich jenes vom 29. März 1827, womit eine Beschwerde der Standesherrschaft gegen ein unterrichterliches Urtheil, besagend:

> „daß die fürstlich Fürstenbergische Standesherrschaft zu unentgeldlicher Holzabgabe an die Gemeindebürger zu Oberlenzkirch schuldig und somit der Gemeinde aus den standesherrlichen Waldungen ein wirkliches Beholzungsrecht zuerkannt worden,

verworfen wurde, gebe zu erkennen, daß nicht die Gemeinde schlechtweg als solche für berechtigt erklärt, aussondern daß sie die Berechtigung drücklich auch und zwar in erster Reihe den Gemeindebürgern im Maaße ihres jährlich nachzuweisenden Bedürfnisses zugesprochen werde."

Aus den Entscheidungsgründen zu den Urtheilen aber geht unzweideutig hervor, daß alle jetzigen und künftigen Bürger zum Bezug des benöthigten jährlichen Holzes berufen sein sollen und es herrscht auch in dieser Beziehung kein Widerspruch zwischen den streitenden Theilen; vielmehr hat die Klägerin ausdrücklich anerkannt, daß sie schuldig sei, der Gemeinde für alle jeweiligen Gemeindebürger in Oberlenzkirch ohne Unterschied das benöthigte Holz abzugeben.

Wie nun früher schon angeführt, so berührt der Ausspruch der Gerichte, daß das Holz an alle jetzigen und künftigen Gemeindebürger abgegeben werden muß, nicht das Maaß der Holzberechtigung, sondern lediglich

Digitized by Google

deren Umfang. Der Umfang einer Holzberechtigung aber hat sich nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 105 des F.G. nach ihrem Rechtstitel zu richten, und nur hinsichtlich des durch solchen nicht bestimmten Maaßes kann der §. 107 des F.G. zur Anwendung kommen.

Es kann somit auch die beklagte Gemeinde dem Begehren der Klägerin gegenüber verlangen, daß bei der Fixation des hier fraglichen Holzbezugs die, sämmtlichen Gemeindebürgern ausdrücklich zuerkannte Berechtigung zum Bezug des Holzes nach Bedürfniß eines jeden Einzelnen unverkümmert für alle Zukunft erhalten werde. —

Würde aber im Sinne der Standesherrschaft verfahren, also lediglich nach der gegenwärtigen Zahl der Bürger der Holzbedarf für die Berechtigten fixirt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß bei der voraussichtlich wachsenden Zahl dieser Bürger nicht mehr Einem jeden derselben die zuerkannte Befriedigung seines jährlichen Bedürfnisses an Brenn-, Nutz- und Bauholz zu Theil werden könnte und es würde somit der so beabsichtigte Vollzug der Fixation allerdings in Widerspruch kommen mit dem durch Urtheile zum unabänderlichen Bestand geschaffenen Rechtstitel.

In diesem Falle also, wo der Rechtstitel den Umfang der Holzberechtigung auf alle Gemeindebürger ausdehnt, ist eine Beschränkung auf die Zahl der gegenwärtigen Bürger nicht zulässig, und ist vielmehr bei der Fixation des jährlichen Bedürfnisses so zu verfahren, daß man das am Tage der Klagezustellung sich ergebende Bedürfniß nach dem Stande der Familien und Häuser ermittelt und dieses alsdann einem durchschnittlich ermittelten Quantum maaßgebend macht, auch für alle weiteren Bürger, um deren Zahl sich im Laufe der Zeit die berechtigte Gemeinde vermehren wird.

In diesem Sinne hat denn auch die Beklagte für den Fall, daß die Klägerin zur Fixation des Holzbezugs überhaupt berechtigt erklärt werden würde, ein eventuelles und — wie aus Obigem hervorgeht — gerechtfertigtes Begehren gestellt.

Die Berufung von Seiten der Klägerin auf die Kammerverhandlungen zum Forstgesetze, und insbesondere auf eine von dem damaligen Regierungscommissär Staatsrath Winter in der 1. Kammer in der 45. Sitzung am 18. September 1833 zum §. 102 des F.G. abgegebenen Erklärung liefert allerdings das Ergebniß, daß das Recht des Waldeigenthümers, zu verlangen, daß das Maaß der einem Dritten gegen sein Gut zustehenden Berechtigung ein für allemal festgesetzt werde, zunächst im Interesse des oft schon belasteten Eigenthümers geschaffen wurde, und daß ferner diese Festsetzung insbesondere bei Gemeinden in Anwendung kommen sollte.

Allein alle diese gewissermaaßen als Beweggründe zur Erlassung des Gesetzes ausgesprochenen Grundsätze können gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes selbst nichts ändern, welches in §. 105 besagt, daß sich der Umfang der Berechtigung lediglich nach dem Rechtstitel zu richten habe, und nur die Unbestimmtheit des Maaßes dem Fixationsverfahren des §. 107 des F.G. unterstellt sei.

Jedoch ist auch in diesem Falle, wo der Rechtstitel zeigt, daß allen Bürgern der Gemeinde Oberlenzkirch das Recht zum Bezug des bedürftigen Holzes eingeräumt sei, dieses Recht nicht auch auszudehnen auf dem Mehrbedarf an Holz, welcher durch Anlagen von Fabriken u. dgl. entsteht, da solche Ausdehnung nicht in der Intention des Verleihers der Berechtigung und nicht im Sinne der für den Rechtstitel nunmehr maaßgebenden rechtskräftigen Urtheile, wonach nur das Bedürfniß der Haushaltung, nicht aber auch das Interesse der Speculation befriedigt werden soll.

In dieser Richtung also wäre das Bedürfniß, dasjenige von Landwirthen und Handwerkern, nach dem Begehren der Klägerin zu beschränken.

Für die beklagte Gemeinde wurde endlich in der mündlichen Verhandlung zur Begründung des Begehrens um Abweisung der Klage noch der Umstand geltend gemacht, daß die Klage der für Begründung ihres Begehrens nothwendigen Erklärung darüber entbehre, wie viele Gemeindebürger und in welchem Maaße des Bedürfnisses gegenwärtig berechtigt seien, allein es erscheint diese Einwendung nicht begründet, wenn man erwägt, daß bei Vornahme der Fixation in dieser Richtung die nöthigen Erhebungen gemacht werden können und müssen.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 39.

(Fortsetzung von Art. 120.)

Was nun endlich noch die erhobene Widerklage betrifft, so geht deren Begehren dahin, zu erkennen:

Der Beklagte sei nicht befugt, die belasteten Waldungen in der Weise abzuholzen, daß hierdurch der nachhaltige Ertrag und die Berechtigung der Gemeinde gefährdet wird, sie sei schuldig, in einem durch Sachverständige zu bestimmenden Areal der Waldungen sich einer jeden den nachhaltigen Ertrag vermindernden und die Berechtigung gefährdenden Abholzung zu enthalten.

Gestützt wird das Begehren auf die thatsächliche, von der widerbeklagten Standesherrschaft, widersprochene Behauptung, daß die Standesherrschaft seit einer Reihe von Jahren in den belasteten Waldungen solche Holzhiebe mache, daß hiedurch der nachhaltige Holzertrag und das Recht der Gemeinde wirklich gefährdet sei.

In rechtlicher Beziehung wird die Begründung des Begehrens damit versucht, daß die Forstberechtigung ein dingliches Recht und darnach die Gemeinde berechtigt sei, zu verlangen, daß ihr der Gegenstand des Rechtes erhalten bleibe.

Von der widerbeklagten Standesherrschaft dagegen wird nur die Behauptung der, die Grenzen der Forstwirthschaft überschreitenden Holzhiebe bestritten, dagegen ausdrücklich die Verpflichtung dahin anerkannt, daß sie nicht befugt sei, die belasteten Waldungen in einer den nachhaltigen Ertrag und die Berechtigung der Gemeinde gefährdenden Weise abzuholzen.

Diese erhobene Widerklage erscheint nun unbegründet, wenn man erwägt, daß einerseits das Anerkenntniß einer gar nicht bestrittenen Verpflichtung, andrerseits aber ein Rechtsschutz gegen drohende Gefahr begehrt wird, den die Pr.O. zwar in der Form einstweiliger Verfügungen zuläßt, aber nur unter den in den §§. 625 ff. aufgeführten Voraussetzungen, welche hier so sehr fehlen, daß die Widerklägerin nicht einmal Bescheinigung für ihre zur Begründung der behaupteten Gefahr vorgetragene Thatsache übermäßiger Holzhiebe beigebracht hat.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der §§. 105 und 107 des F.G., sowie der §§. 625 ff., wegen der Kosten aber nach Maaßgabe der §§. 172 und 175 der Pr.O. wurde durch Urtheil der Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 11. November 1865, No. 2679, erkannt:

1) Es sei das Maaß der Holzberechtigung der Beklagten, Widerklägerin, für das Brenn-, Bau- und Nutzholz durch gerichtlich aufgestellte Schätzer ein für allemal festzustellen;
2) es habe diese Feststellung hinsichtlich der jetzigen berechtigten Gemeindebürger nach Maaßgabe des am Tage der Klagezustellung, d. h. am 17. Februar d. J. nach dem Stand der Familien und Häuser sich ergebenden Bedürfnisses, für die gleichfalls berechtigten künftigen Bürger nach Maaßgabe des zu ermittelnden Durchschnitts von dem für die jetzt berechtigten sich herausstellenden Quantum unter Abweisung der Klägerin, Widerbeklagten mit ihrem auf Ausschluß der künftigen Bürger gerichteten Begehren zu geschehen;
3) es sei die beklagte, widerklagende Gemeinde schuldig, anzuerkennen, daß die klagende und widerbeklagte Standesherrschaft nunmehr nur noch das nach obigen Grundsätzen zu bestimmende Maaß des Berechtigungsholzes unentgeldlich und insoweit abzugeben habe, als es die Regeln der Forstwirthschaft gestatten;
4) es habe die Beklagte, Widerklägerin ²/₃tel, die Klägerin, Widerbeklagte aber ¹/₃tel an den Kosten des Verfahrens in der Vorklagsache zu tragen;
5) es sei die Beklagte, Widerklägerin unter Verfällung in die, durch das Verfahren in der Widerklagsache entstandenen, Kosten mit der erhobenen Widerklage abzuweisen.

Der Appellationssenat wies mit Urtheil vom 13. April 1866, No. 1215, die Klage ab.

Gründe:

Beide Parteien beschweren sich gegen das Urtheil I. Instanz und zwar:

I. Die klägerische Standesherrschaft insoferne — als

Ziff. 1 das Maaß der Holzberechtigung nicht auch rücksichtlich der Zahl der Bürger ein für allemal festgesetzt werden soll; —

eventuell, als nur einer Mehrung des Maaßes der Holzberechtigung in Folge der steigenden Bürgerzahl und nicht auch einer Minderung desselben in Folge deren Abnahme vorgesehen sei.

Ziff. 4, die Klägerin in $^1/_3$tel der Kosten des Verfahrens in der Vorlage verfällt worden.

II. Die beklagte Gemeinde:

Bezüglich auf Ziff. 1. 2. 3: —

a) gegen die Fixirung des Beholzungsrechts **überhaupt;**

eventuell: —

b) gegen die Fixirung des Bau- und Nutzholzes insbesondere;

c) gegen die Nichtberücksichtigung zufälliger Ereignisse, z. B. Feuersbrünste u. dgl.;

d) gegen den Ausschluß der Holzberechtigung von gewerblichen Einrichtungen.

Die präjudiziell erscheinende — Hauptbeschwerde der beklagten Gemeinde stellt sich nach dem Ergebnisse der Verhandlungen als gerechtfertigt dar, und kann deßhalb von einer Erörterung der übrigen beiderseitigen Beschwerden Umgang genommen werden.

Inhaltlich der in vorwürfiger Klage vom 24. Januar 1865 (— mittelst welcher die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg, unter Bezug auf §. 107 des F.G. vom Jahre 1833 die gerichtliche Festsetzung des Maaßes der Holzberechtigung der Gemeinde Oberlenzkirch, hinsichtlich des Brenn-, Nutz- und Bauholzes ein für allemal durch Schätzer nach dem gegenwärtigen Stande der dortigen Bürgerzahl und ihren dermaligen Bedarf und die gegnerische Anerkennung begehrt, daß die Klägerin von nun an blos das also bestimmte Maaßberechtigungsholz der beklagten Gemeinde unentgeldlich abzugeben habe) angerufenen rechtskräftigen Urtheile des großh. Oberhofgerichts d. d. 29. März und 29. Dezember 1827, 1. September 1856 und 13. Dezember 1864 steht der Gemeinde Oberlenzkirch das (in rechtmäßiger Uebung befindliche) Recht zu, für alle ihre Bürger ohne Unterschied das benöthigte Brenn-, Bau- und Nutzholz vorbehaltlich der Nachweisung des Bedürfnisses eines jeden derselben für jedes Jahr aus den belasteten Waldungen der Standesherrschaft Fürstenberg in dem ehemaligen Amte Lenzkirch — unentgeldlich zu beziehen, insoweit und so lange es die Regeln der Forstwirthschaft erlauben. —

Hiernach besteht zu Gunsten der Gemeinde Oberlenzkirch gegenüber der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg eine bereits rechtskräftig entschiedene festgestellte Forstberechtigung, welcher auch das Forstgesetz (§. 104) ausdrücklich seinen Schutz verleiht (vergl. L.R.S. 636, 1350, Ziff. 3 1351. 1352), so lange dieselbe nicht nach Maaßgabe der §§. 134—136 des F.G. **abgelöst wird.**

Letzteres ist im Allgemeinen der Weg, auf welchen das Forstgesetz selbst einen Waldeigenthümer hinweist, um seine, mit einer derartigen Holzberechtigung — wie die erwähnten, belasteten Waldungen hievon zu entlasten, und zu diesem Zwecke besondere Anordnungen in §. 134 bis 136 trifft, welchen Weg jedoch die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg bisher nicht betrat. —

Die Vorschrift in §. 105 des F.G.: daß — soweit eine Berechtigung nicht durch die Gesetze der Forstpolizei beschränkt ist, deren Umfang nach ihrem Rechtstitel und so weit dieser nicht Maaß gibt, nach den Bestimmungen des folgenden Abschnitts (§. 106 bis 133) und nach den Vorschriften des Landrechts sich richte, zeigt, daß auch in Beziehung auf den Umfang einer Forstberechtigung das gesetzlich bestehende Rechtsverhältniß fortan bei Kraft bleiben soll, und nur ausnahmsweise — nämlich blos in so weit, als der deßfallsige Rechtstitel nicht maaßgebend ist, die Bestimmungen in §. 106—133 Platz greifen und zur Anwendung kommen können.

Prüft man hienach das — zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellte Rechtsverhältniß (— wobei die besagten rechtskräftigen Urtheile die Stelle des Rechtstitels vertreten), so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Umfang der fraglichen Berechtigung auf das für einen jeden Bürger (— gegenwärtigen und künftigen —) in Oberlenzkirch **benöthigte** Brenn-, Bau- und Nutzholz sich erstreckt, wozu der nachweisbare jährliche Bedarf den Maaßstab darbietet, das Maaß also immerhin durch jährliche Liquidation, wie bisher bestimmbar ist und bestimmt wird (L.R.S. 1129); und tritt nur insoferne eine Unbestimmtheit ein, als nicht die jeweilige Zahl der betreffenden Gemeindebürger fixirt ist, was in der Natur der Sache liegt, weil es unbekannt und unvorhersehbar ist, wie viel Bürger, gegenwärtige und künftige — im Laufe

Digitized by Google

der Zeit durch Tod, und anderweite Ansiedelung abgehen, oder wie viel neue Bürger sich ansiedeln, und eine Vermehrung der Bevölkerung entsteht — was schon in den Verhandlungen der Vorprozesse zur Sprache gebracht wurde, während gleichwohl die Holzberechtigung, sowie geschehen, der Gemeinde Oberlenzkirch von dem obersten Gerichtshofe zuerkannt worden, und dieselbe sohin bis zur etwaigen Ablösung in gesetzmäßiger Weise wirksam aufrecht zu erhalten ist.

Zwar enthält §. 107 des Forstgesetzes die (— als Ausnahme zu betrachtende und deßhalb streng auszulegende) Vorschrift, wornach, wenn für den Holzbezug kein bestimmtes Maaß festgesetzt ist, derselbe sich nach dem Bedürfnisse — der eigenen Haushaltung des Berechtigten richtet, vorbehaltlich der verhältnißmäßigen Mitbenützung des Eigenthümers nach dem Bedarfe seiner Haushaltung, und der Waldeigenthümer verlangen kann, daß an die Stelle des bisherigen unbestimmten Maaßes das Maaß des künftigen Holzbezugs ein für allemal festgesetzt werde; allein der erste Satz spricht Etwas aus, dem schon durch die früheren Urtheile und deren Vollzug Genüge geschieht, und fehlt es an der deßfallsigen Prämisse für die Anwendbarkeit des Nachsatzes, welcher auch seinem Wortlaute nach, zumal im Zusammenhange mit den vorgängigen §§. 104 und 105 nicht die Bedeutung und Tragweite hat, welcher klägerischer Seits demselben beigelegt werden will.

Zunächst läßt sich nicht verkennen, daß die angeführte Vorschrift mit jener in §§. 104 und 105 insoferne in einem unvereinbarlichen Widerspruche steht als daselbst das ungeschmälerte (— blos durch forstpolizeiliche Bestimmungen beschränkte) und die daran geknüpfte dauernde Wirksamkeit wohlerworbener Forstberechtigung in vollem Umfange gesetzlich sanctionirt, und lediglich die Ablösung als das Mittel bezeichnet wird, wodurch eine Umwandlung der Forstberechtigung in ein Surrogat hierfür erzielt werden kann.

Aus der Entstehungsgeschichte des §. 107 des F.G. geht hervor, daß solcher gelegentlich der Discussion zu §. 102 des Reg.Entw. in der II. Ständekammer (Heft 7 S. 362—367) — wobei mehrfache Bedenken sich kund gaben, einer Aeußerung des großh. Staatsraths Winter, ohne vorausgegangene und ohne nachfolgende Berathung in der Commission (obwohl Staatsrath Winter solche selbst beantragt hatte) sein Dasein verdankt, und sodann später nach der Fassung der II. Kammer unverändert auch von der I. Ständekammer angenommen wurde. (Bd. III. S. 352 bis 353 dieser Verhandlungen.) Vergleicht man übrigens die Motive, welche Staatsrath Winter im öffentlichen Interesse der Forstkultur hiebei in beiden Kammern geltend machte, so erhellt, daß solche von einander abweichen, und namentlich jene in der I. Kammer von ihm vorgetragenen viel weiter gehen, als die in der II. Kammer geäußerten.

Die Erklärung des großh. Staatsraths Winter in der II. Kammer lautet nämlich dahin:

> „Wir haben überall gesucht, da, wo unbestimmte Leistungen waren, sie durch das Gesetz auf bestimmte zurück zu führen, und es möchte vielleicht räthlich sein, hier die Stelle in das Gesetz aufzunehmen, daß alle solche unbestimmten Leistungen auf ein bestimmtes Maaß reducirt werden; denn das Bedürfniß der eigenen Haushaltung kann im Lauf der Zeit sich mehren oder mindern, je mehr die Menschen gewohnt werden, sich auszudehnen und die Genüsse des Lebens zu erhöhen, je größere Wohnungen sie bauen, — desto größer wird auch ihr Holzbedürfniß;“ —

später in der I. Kammer aber dahin:

> „Der in Frage befindliche Paragraph findet zunächst seine Anwendung bei Gemeinden, die ein Beholzungsrecht nach der Zahl ihrer Bürger anzusprechen haben; und da nun in neuerer Zeit die Population sich oft so sehr vermehrt, daß der Waldeigenthümer kaum mehr im Stande ist, den rechtlichen Anforderungen, die an ihn geschehen, Genüge zu thun, und ihm sein Eigenthum nichts mehr einträgt, wenn er denselben in vollem Maaße entsprechen sollte, so glaube ich, da sich derlei Holzberechtigungen besonders nachtheilig äußern, daß ihnen zuerst Maaß und Ziel zu setzen ist. Bei den übrigen Berechtigungen wird eine Fixirung von weniger Bedeutung sein.“ —

Daraus in Verbindung mit der Redaction des §. 107 selbst ist ersichtlich, daß Staatsrath Winter in der II. Kammer nur in concreto wirklich vorhandene Haushaltungen im Auge hatte, deren Bedürfnisse im Laufe der Zeit sich mehren oder mindern können, beziehungsweise wirklich vorhandene Wohnungen, deren Vergrößerung je nach der Bequemlichkeit oder Genußsucht einen größeren Holzbedarf

Digitized by Google

herbeiführen könne, und blos in dieser Voraussetzung und Richtung eine Reduzirung unbestimmter Leistungen auf ein bestimmtes Maaß bezweckte, was auch mit der Wortfassung des §. 107 im Einklang steht, — nicht aber ein Rechtsverhältniß, wie das zwischen der fürstenbergischen Standesherrschaft und der Gemeinde Oberlenzkirch rechtskräftig festgestellte — und kann die hievon abweichende Aeußerung des Staatsraths Winter in der I. Kammer um so weniger entscheidend sein, als solche in der Wortfassung des §. 107 — wie dieselbe früher in der II. Kammer erfolgte, und wo die Sache später nicht zur weiteren Erörterung gelangte — keinen unzweideutig entsprechenden Ausdruck gefunden hat, und die der beklagten Gemeinde zustehende Holzberechtigung nicht eine völlig unbestimmte ist.

Fände übrigens die Fixation des Maaßes für den künftigen Holzbezug der beklagten Gemeinde an der Stelle des bisherigen in Gemäßheit des Forstgesetzes §. 107 unter Zugrundlegung der eigenen Haushaltung der Berechtigten mit Rücksicht auf eine verhältnißmäßige Mitbenützung des Waldeigenthümers nach dem Bedarfe seiner Haushaltung als den einander gegenüberstehenden Factoren für die Ausmittelung und bleibende Festsetzung des Maaßes statt, so käme (abgesehen davon, daß von einer eigenen Haushaltung der Gemeinde Oberlenzkirch als Holzberechtigten moralischen Rechtssubjekts, und von einem Holzbedarfe der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg aus den belasteten Waldungen zu deren Haushaltung keine Rede ist, und abgesehen ferner davon, daß in den früheren oberhofgerichtlichen Urtheilen einer derartigen standesherrlichen Mitbenützung der fraglichen Waldungen keine Erwähnung geschieht, und abgesehen auch von der mindestens sehr zweifelhaften Anwendbarkeit des §. 107 auf das Bau- und Nutzholz an und für sich) möglicher Weise nur eine Fixation des Maaßes für den künftigen Holzbezug ein für allemal hinsichtlich der zur Zeit der Klagerhebung wirklich vorhandenen in Ausübung der gedachten — der Gemeinde Oberlenzkirch zustehenden, Holzberechtigungen befindlichen dortigen Bürgern und deren Behausungen theilweise geschehen, und erscheint es als eine Unmöglichkeit, das Maaß des Holzbezugs — sei es Brenn-, Bau- oder Nutzholz für die künftigen Bürger, deren Zahl, Individualität und Familienverhältnisse, beziehungsweise eigene Haushaltungen gänzlich unbekannt sind, und wofür die Schätzer jeder auch nur approximativen Basis, oder eines ihnen durch Instruction mitzutheilenden Anhaltspunktes entbehren müßten, ein für allemal festzusetzen, ohne auf der einen oder andern Seite das materielle rechtliche Interesse willkührlich zu beeinträchtigen und zu verletzen.

Keinenfalls darf jedoch nach bekannten Gesetzauslegungsregeln dem §. 107 des Forstgesetzes ein Sinn mit solcher maaßlosen Tragweite unterstellt noch eingeräumt werden, wodurch die Gerichte in die Lage kämen, ohne genügende thatsächliche und rechtliche Grundlage und — an der Unmöglichkeit einer angemessenen Instruction für die Schätzer und an deren Gewissenhaftigkeit scheiternd — ein Urtheil zu erlassen, welches die Gefährdung wohlerworbener gesetzlicher Rechtszuständnisse in sich schließt, und seiner Zeit des Vollzugs nicht empfänglich wäre.

(Vrgl. L.R.S. 545 und Verf.Urkunde §. 14.)

Endlich kommt noch in Erwägung, daß die Klägerin selbst — wie aus der Beschwerdeschrift und aus der Erklärung ihres Vertreters in heutiger mündlicher Verhandlung entnommen werden kann — nicht eine mit dem §. 107 des Forstgesetzes etwa vereinbarliche Fixation verlangt, indem dieselbe ausdrücklich nur die im Laufe der Zeit wechselnde Zahl der Bürger und eine hiernach eintretende Mehrung oder Minderung des zu verabreichenden Holzes, somit eine unstätig schwankende Scala als Maaß ausgesprochen wissen will, was dem Begriffe und Zwecke einer bleibenden Festsetzung des Maaßes für den künftigen Holzbezug an die Stelle des bisherigen widerstreitet.

Aus vorstehenden Gründen und nach §. 170 der Pr.O. wegen der Kosten mußte obiges Urtheil erlassen werden."

Das großh. Oberhofgericht erkannte unter dem 30. November 1866 auf die Oberberufung der Klägerin:

> Das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 13. April d. J. sei dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern:
>
> 1) Es sei das Maaß der Holzberechtigung der Beklagten, so weit sie das Brennholz betrifft, durch gerichtlich aufgestellte Schätzer, und zwar lediglich nach dem gegenwärtigen Stand der Bürgerzahl und nach dem dermaligen Bedürfniß zur Zeit der Klagzustel-

Digitized by Google

lung, dem 17. Februar 1865, ein für allemal festzustellen, und

2) die Beklagte sei schuldig, anzuerkennen, daß die Klägerin von nun an nur das also bestimmte Maaß an Brennholz unentgeldlich, und insoweit es die Regeln der Forstwirthschaft gestatten, an die Beklagten abzugeben habe; —

3) dagegen sei die Klägerin mit ihrem Klagbegehren, soweit es das Bauholz und Nutzholz betrifft, abzuweisen, und es seien die Kosten aller drei Rechtszüge insoweit solche die Vorklage betreffen zwischen beiden Theilen wettzuschlagen.

Oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe.

Nach den in der Klage angeführten früheren Urtheilen vom 29. März und 29. Dezember 1827, vom 1. Sept. 1856 und vom 13. Dezember 1864 steht rechtlich fest, daß die beklagte Gemeinde aus den belasteten Waldungen der klagenden fürstlichen Standesherrschaft im vormaligen Amte Lenzkirch für alle ihre Gemeindeangehörigen ohne Unterscheidung, für die jetzigen und auch die künftigen, das benöthigte Brennholz, so wie auch Bau- und Nutzholz, vorbehaltlich der besondern Nachweisung des Bedürfnisses eines Jeden für jedes Jahr, unentgeldlich zu beziehen hat, insoweit und insolange die Regeln der Forstwirthschaft es erlauben.

Das in solcher Weise allgemein festgestellte Beholzungsrecht hält die Klägerin für ein hinsichtlich des Maaßes des Holzbezugs unbestimmtes im Sinne des §. 107 Abs. 2 des Forstgesetzes, sowohl was die Menge des Jedem abzugebenden (des „benöthigten") Holzes, als auch, was die stets wachsende Bürgerzahl betrifft, und verlangt deßhalb, daß das Maaß des Holzbezugs nach Maaßgabe des zweiten Satzes des angeführten Abs. 2 ein für allemal, und zwar nach dem dermaligen Stand der Bürgerzahl und des Bedürfnisses (zur Zeit der Klagzustellung) durch Schätzer festgesetzt werde.

Von Seiten des Gerichts des zweiten Rechtszugs wurde die Klage, welcher das Gericht des ersten Rechtszugs, wenigstens zum Theil, in beschränktem Maaße stattgegeben hatte, völlig abgewiesen.

Die hiegegen von der Klägerin, Oberappellantin, ausgeführte Beschwerde stellt sich, wenn auch nicht ihrem ganzen Umfang nach, als begründet dar.

Bei der Beurtheilung der klägerischen Beschwerde handelt es sich hauptsächlich um die Auslegung der genannten Bestimmungen des Forstgesetzes §. 107 in Vergleichung mit §. 104. 105, sodann §. 108—115 und §. 134 desselben Gesetzes, und um die Anwendung dieser Bestimmungen auf einen Fall, wie der nach Obigem hier vorliegende.

Es ist nun nicht zu verkennen, daß die Auslegung der fraglichen Bestimmungen des §. 107 des Forstgesetzes, welche ursprünglich im Entwurf des Gesetzes nicht vorhanden waren, sondern eben so wie die grundsätzlich höchst wichtige, augenscheinlich auf einer gewissen Ungunst gegen Forstberechtigungen überhaupt beruhende, Vorschrift des §. 104 Satz 1 erst auf Anregung bei der Verhandlung der zweiten Kammer des Landtags hinzukamen, sowohl hinsichtlich ihrer Fassung als auch hinsichtlich ihrer aus den Kammerverhandlungen zu entnehmenden Entstehungsgeschichte, bei ihrer möglicherweise sehr weit auszudehnenden Tragweite und dem Mangel aller nähern Andeutungen des Gesetzes über den Vollzug — erhebliche Schwierigkeiten und manche Bedenken darbietet.

Der zweite Satz des Absatz 2 des §. 107 insbesondere („der Waldeigenthümer kann verlangen, daß an die Stelle des bisherigen unbestimmten Maaßes das Maaß des künftigen Holzbezugs ein für allemal festgesetzt werde") fand seine Entstehung nur in Folge einer vom großh. Staatsrath Winter gelegentlich in etwas unbestimmter Weise ausgesprochenen Bemerkung (dieselbe ist in den Entscheidungsgründen des obergerichtlichen Urtheils bereits wörtlich angegeben), welche in der zweiten Kammer sogleich allgemeine Zustimmung erhielt, und den Beschluß herbeiführte, dem Art. 102 des Entwurfs, jetzt §. 107, einen Zusatz beizufügen, wonach da, wo die Benützungen bisher ungemessene waren, sie in gemessene verwandelt werden sollen.

Vergl. Verhandlungen der Ständeversammlung von 1833 II. Kammer 1. Pr.H. S. 301, 2. Pr.H. S. 196 und Anh. S. XXXIV., 7. Pr.H. S. 362 ff., insbesondere S. 367.

Nähere Bestimmungen in Bezug auf die Art der Festsetzung des Maaßes und die Tragweite der beschlossenen Maaßregel wurden im Gesetz nicht gegeben. Obwohl der großh. Staatsrath Winter selbst bei dem Ausspruch der obigen Bemerkung beantragt hatte, den §. 102 (§. 107), da so viele Zweifel gegen denselben erhoben würden, an die Commission zu nochmaliger Berathung zurückzuweisen, wurde auf die Erklärung des Abgeordneten

Digitized by Google

Bekk, daß der Vorschlag des Herrn Staatsraths Winter wohl angenommen werden könne, ohne daß eine weitere Berathung nothwendig sei, die weitere Berathung umgangen, was um so mehr zu bedauern ist, da bei der Verhandlung verschiedene, zum Theil unklare Anschauungen sich kundgaben, und die Erklärung Winter's selbst — in der ersten Kammer von seiner ersten Bemerkung etwas abweichend scheint.

Vrgl. die zuletzt angeführte Stelle im 7. Pr.H. und Verhandlungen der ersten Kammer 3. Bd. S. 353.

Unter diesen Verhältnissen ist es die Aufgabe des Richters, durch angemessene Auslegung den richtigen Sinn des Gesetzes, so weit möglich, zu ermitteln, und, wenngleich nähere Vollzugsvorschriften nicht gegeben sind, die fraglichen Bestimmungen des §. 107 des Forstgesetzes, insoweit nicht Gründe der sachlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit der unbeschränkten Anwendung des Gesetzes hindernd entgegenstehen, zur Anwendung zu bringen.

Eine solche Auslegung, welche dahin führen würde, die Bestimmungen des §. 107 wegen der Festsetzung eines, ein für allemal geltenden, bestimmten Maaßes der unbestimmten Holzberechtigungen völlig wirkungslos und unanwendbar zu erklären, wäre nach anerkannten Hauptgrundsätzen der Auslegung keinesfalls zu rechtfertigen. L.R.S. 4. 4a. 6a in Vergleichung mit L.R.S. 1157.

Es wäre eine solche Auslegung um so weniger zu rechtfertigen, als der schon erwähnte Inhalt der Kammerverhandlungen im Allgemeinen klar genug zu erkennen gibt, daß man im öffentlichen Interesse, allerdings nur auf Verlangen des Waldeigenthümers einer festen Bestimmung des unbestimmten Maaßes von Holzberechtigungen ein für allemal und für alle Zukunft Eingang verschaffen wollte, und zwar unabhängig von der in §. 134 vorgesehenen völligen Ablösung des Rechts durch Hingabe eines entsprechenden Waldestheils, wobei eigenthümliche Rücksichten in Betracht kommen.

Daß das Forstgesetz Forstberechtigungen, wie die vorliegenden, als der Waldkultur und dem öffentlichen Interesse mehr oder weniger Nachtheil bringend, überhaupt mit einer gewissen Ungunst betrachtet, ist schon oben hervorgehoben worden. Ein Hauptgesichtspunkt bei der neuen Forstgesetzgebung vom Jahr 1834 im Allgemeinen war, wie bekannt, die Sorge für das öffentliche Wohl und das allgemeine Interesse. Die auf besonderen Rechtstiteln beruhenden oder sonst in rechtmäßiger Uebung stehenden Forstberechtigungen sollen zwar nach §. 104. 105 vom Gesetz geschützt werden, jedoch nur, soweit sie nicht durch die forstpolizeilichen Vorschriften beschränkt sind, sowie auch nur mit einigen weitern Beschränkungen (§. 134—136, §. 106 ff., so weit sie in Frage kommen). Die landständischen Verhandlungen geben hinreichenden Aufschluß darüber, von welchem Geist in dieser Beziehung das Forstgesetz ausgegangen ist.

Vrgl. die Begründung zum Entwurf des Forstgesetzes, Verhandlungen der Ständeversammlung von 1833 zweite Kammer 1. Pr.H. S. 345. 355. 356, 7. Pr.H. S. 362 ff. 367 und erste Kammer Bd. 3 S. 353. 354 ff.

Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich insbesondere auch die Bestimmung des §. 107 Abs. 2 des Forstgesetzes und es ist dieselbe insofern keineswegs als eine bloße Ausnahmsvorschrift zu betrachten.

Was nun die, die verschiedenen gegen die Anwendung dieses Gesetzes vorgebrachten Einwendungen und Bedenken im Einzelnen betrifft, so kommt in dieser Beziehung, und zwar zunächst nur in Beziehung auf das Brennholz, Folgendes in Erwägung:

Die Vorschrift der §§. 104 und 105 des Forstgesetzes, bei deren Würdigung übrigens die erwähnte Entstehungsgeschichte der bezüglichen Gesetzesbestimmungen, namentlich hinsichtlich der Fassung derselben zu betrachten ist, stehen, richtig aufgefaßt, der Anwendung des §. 107 Abs. 2 auf Fälle, wie der vorliegende, überall nicht entgegen.

Der §. 105 verweißt ausdrücklich auf die Bestimmungen der §§. 106—133, somit auch auf §. 107 des Gesetzes und drückt durch die Worte: „soweit dieser (der Rechtstitel) nicht Maaß gibt,“ deutlich aus, daß auch bei einer blos theilweisen Unbestimmtheit des Titels in Bezug auf den Umfang der Berechtigung die aushelfenden und ergänzenden Vorschriften des Gesetzes, auch §. 107, in Anwendung kommen sollen, was dem Grund und Zweck des Gesetzes durchaus entspricht. Von einer im vorliegenden Fall entgegenstehenden rechtskräftigen Entscheidung auf Grund der im Eingang bezeichneten maaßgebenden Urtheile kann daher in dieser Richtung keine Rede sein. Insoweit nach Inhalt derselben und des zu Grund liegenden Rechtstitels eine Unbestimmtheit des Maaßes im Sinne des Gesetzes noch vorhanden erscheint, ist aber das Gesetz (§. 107 Abs. 2) in Anwendung zu bringen. Dies gilt aber nicht blos in Bezug auf das Maaß des für jeden Gemeindean-

Digitized by Google

gehörigen zu verabreichenden nöthigen Brennholzes, sondern auch in Bezug auf die wachsende Zahl der Bürger, die sich nicht nur vermehren, sondern auch wieder vermindern kann.

Daß die fraglichen Bestimmungen des §. 107 auch auf Gemeinden als Beholzungsberechtigte, auf Körperschaften, wie auf Einzelne Anwendung finden, läßt sich mit Grund nicht bestreiten, ja sie finden sogar auf Gemeinden vorzugsweise Anwendung. Dieses ergibt sich aus der Natur der Verhältnisse selbst, da gerade bei Gemeinden solche Berechtigungen sehr häufig vorkommen, und deren feste Regelnug im Interesse des Friedens in den Gemeinden besonders wünschenswerth erscheint, wie der Abgeordnete Fecht in der Verhandlung der II. Kammer im angeführten 7. Protokollheft S. 367, besonders hervorhob. Noch klarer aber ergibt es sich aus der bemerkenswerthen Aeußerung des großh. Staatsraths Winter selbst, in der II. Kammer, am angeführten Orte, Band 3 S. 353. Dort sprach sich derselbe bestimmt dahin aus: daß der in Frage befindliche Paragraph zunächst seine Anwendung bei Gemeinden finde, die eine Beholzung nach der Zahl ihrer Bürger anzusprechen haben, und daß derlei Holzberechtigungen, da sie sich besonders nachtheilig äußern, zuerst Maaß und Ziel zu setzen sei, während bei den übrigen Berechtigungen eine Fixirung weniger von Bedeutung sein werde.

Wenn im ersten Satz des erwähnten Abs. 2, mit welch' ersterem Satze der entscheidende zweite Satz nicht blos äußerlich in unmittelbarer Verbindung steht, vom Bedürfniß der eigenen Haushaltung des Berechtigten die Rede ist, so ist dieser Ausdruck, obwohl derselbe, wie später zu zeigen ist, nur auf das Brennholz bezogen werden kann, nicht in so beschränktem Sinne zu nehmen, daß er nur auf die Haushaltung der Einzelnen nicht auch auf den Haushalt der Gemeinden, als holzberechtigte Körperschaften anwendbar erschiene. Es würde diese Auffassung, wie aus dem Obigem hervorgeht, dem richtigen Sinn des Gesetzes nicht entsprechen, und mit dem Zweck und der Hauptabsicht des Gesetzes im Widerspruch stehen.

Ebensowenig kann man aus der Bestimmung des ersten Satzes, wonach bei dem Mangel eines festbestimmten Maaßes im Zweifel das Bedürfniß der eigenen Haushaltung als Richtschnur dient, etwa folgern, daß hiernach das vom Gesetz selbst so begrenzte Maaß gesetzlich als ein bestimmtes gelten müsse; auf Verlangen des Waldeigenthümers tritt vielmehr auch in einem solchen Fall die bestimmte Festsetzung des Maaßes nach dem zweiten Satze ein.

> Vergl. die Bemerkung von Bekk bei der Verhandlung der II. Kammer im mehrangeführten Heft 7 S. 365, worin anerkannt ist, daß der Anspruch auf Holz nach Bedarf noch nicht als ein bestimmtes Maaß im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist.

In Bezug auf die Frage, in welcher Weise die Feststellung eines bestimmten Maaßes hinsichtlich der Zahl der Bürger zu bewirken ist, enthält allerdings das Gesetz selbst keine bestimmte Andeutung, und es ist anzuerkennen, daß die besonderen Bestimmungen über die Ablösung (§. 134 ff.) wegen der hiebei zum Theil in Betracht kommenden eigenthümlichen Rücksichten nicht unmittelbar anwendbar erscheinen und auch keine allgemeine Analogie abgeben können. Dies hindert aber nicht, daß da, wo eine Gleichartigkeit der Verhältnisse in der Natur der Sache begründet ist, die gleichen Rücksichten wie bei der Ablösung auch hier bei der Festsetzung eines bestimmten Maaßes als entscheidend anzunehmen sind.

Bei der Ablösung entscheidet nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 134 der bisherige Holzbezug, es wird daher nach der Rechtsübung, da nicht blos eine Vermehrung, sondern auch eine Verminderung der Zahl der Bürger eintreten kann, und deßhalb eine billige Ausgleichung (auch abgesehen davon, daß dabei ein Theil des Waldes selbst abgetreten wird) sich von selbst ergibt, mit Recht der dermalige Bestand zur Zeit des Ablösungsbegehrens (der die Rechtshängigkeit bewirkenden Zustellung der betreffenden Klage, §. 263 Ziff. 6 der Pr.O.) zu Grund gelegt.

> Vergl. Annal. der bad. Gerichte Bd. 26 S. 176,
> Jahrbücher für bad. Recht, Bd. I. S. 229 und 230, auch
> Proudhon, des droits d'usage, t. 2 nro. 661, t. 1 nro. 138—143,
> Dalloz, répert. de legisl. s. v. usage nro. 510.

Auf eine Vermehrung der Bürgerzahl, die — im Widerspruch mit der Natur und der ursprünglichen Bestimmung des Beholzungsrechtes der Gemeinde, nicht durch Vergrößerung der landbautreibenden Bevölkerung, sondern nur durch ausgedehnte gewerbliche Unternehmungen

Digitized by Google

und dergl. herbeigeführt wird, kann überhaupt hiebei gar keine Rücksicht genommen werden.

Vergl. Proudhon ebendas. t. 1 nro. 143.

In gleicher Weise ist nun auch bei Festsetzung des bestimmten Maaßes für den Bedarf gemäß §. 107 Abs. 2 des F.G. nur der dermalige Zustand zur Zeit der Klagzustellung zu Grunde zu legen. Eine besondere Berücksichtigung der künftigen Bürger kann hiebei nicht stattfinden. Von einem wirklich schon erworbenen Rechte derselben kann an sich nicht die Rede sein, und zwar um so weniger, da die Gemeinde als Körperschaft als die eigentliche Berechtigte erscheint.

Wenn etwa zur Zeit des gestellten Begehrens, das nur dem belasteten Theil zusteht, die Zahl der Bürger durch außerordentliche Zufälle ungewöhnlich gemindert erschiene, könnte nach Umständen eine billige Rücksichtsnahme auf diese Verhältnisse in Frage kommen; ein solcher Fall liegt jedoch hier nicht vor, solche Zufälle sind überall nicht geltend gemacht worden.

Daß die Ermittlung des Maaßes, wenn die Betheiligten sich hierüber nicht in Güte vereinigen, durch Schätzer unter Mitwirkung beider Theile zu geschehen hat, ergibt sich von selbst. Auch bezüglich der Ablösung wurde dies im Gesetz selbst gar nicht besonders ausgesprochen, man unterstellte die Schätzung als selbstverständlich, wie die Bemerkungen der großh. Regierungscommissärs v. Wallbrunn bei der Verhandlung der II. Kammer 7. Protokollheft S. 401 zeigen.

Vergl. auch Proudhon, am angeführten Orte t. 2 nro. 662.

Wesentlich anders gestaltet sich aber die Sache in Bezug auf das Bauholz und Nutzholz. In dieser Hinsicht muß man sich in Fällen, wie der vorliegende, für die Nichtanwendbarkeit des §. 107 Abs. 2 des F.G. entscheiden:

Der Wortlaut des §. 107 scheint zwar an sich, insofern darin vom Holzbezug und von Holzberechtigung im Allgemeinen ohne ausdrückliche Beschränkung auf das Brennholz die Rede ist, und auch im Zusammenhalt mit §. 115, wonach das Beholzungsrecht im Allgemeinen auch das Bauholz mit umfaßt, gegen eine beschränkende Auslegung zu sprechen.

Indeß enthält der Abs. 2 des §. 107 selbst — in seinem ersten Satze, der mit dem zweiten in wesentlicher Verbindung steht, in der Bestimmung, daß das Bedürfniß der eigenen Haushaltung des Berechtigten bei dem Mangel einer festbestimmten Maaßbezeichnung im Rechtstitel zur Richtschnur dienen soll, eine Vorschrift, die unverkennbar nur auf das Brennholz paßte. Das Maaß des Bauholzes und auch des Nutzholzes richtet sich zwar auch nach dem Bedürfniß, aber nicht nach dem Bedürfniß der Haushaltung, es hängt dasselbe vielmehr von zufälligen Ereignissen, wie Beschädigungen durch Feuer, Wasser, Sturm, Krieg und dergl., ja selbst von Lust und Laune ab, Zufälligkeiten, die sich in keiner Weise sicher voraussehen und berechnen lassen, und eine auch nur annähernd richtige Vorausbestimmung eines festen Maaßes, wenn nicht schrankenlose Willkühr für Recht gelten soll, sachlich und rechtlich unmöglich machen.

Der Inhalt der mehrerwähnten Kammerverhandlungen über §. 107 zeigt auch in der That, daß man bei der fraglichen Festsetzung eines bestimmten Maaßes durchgehends zunächst nur an das Brennholz dachte. Von Bauholz ist hiebei nirgends die Rede. Dies ist an sich und namentlich in Vergleichung mit der Fassung des Abs. 2 selbst für die Auslegung von erheblicher Bedeutung. Allerdings hebt Staatsrath Winter in der schon öfter angerufenen Aeußerung in der II. Kammer (im 7. Protokollheft S. 367) hervor, je größere Wohnungen die Menschen bauten, desto größer werde auch ihr Holzbedürfniß; allein diese Bemerkung ist nach Inhalt der unmittelbar vorhergegangenen Bemerkung desselben ebenso auch nach den nachgefolgten Verhandlungen blos auf das, durch Vergrößerung der Häuser sich vergrößernde, Feuerungsbedürfniß nicht auf den Holzbedarf zu beziehen.

Hiezu kommt, daß die besonderen Vorschriften der dem §. 107 sich anreihenden §§. 108. 112 und 113 in Betreff der Verwendung des Bauholzes und der Nachweisung des Bedarfs an Bauholz und Geschirrholz (Nutzholz) zum Theil von solcher Art sind, daß schon hiedurch die Anwendung der fraglichen Bestimmung des §. 107 auf Bau- und Nutzholz mittelbar als ausgeschlossen angesehen werden kann, indem sich die Handhabung dieser Vorschriften mit der Festsetzung eines, ein für allemal geltenden, bestimmten Maaßes nicht wohl vereinigen läßt, abgesehen davon, daß gesetzliche Andeutungen und Anhaltspunkte hinsichtlich der Art und Festsetzung des Bedarfs an Bau- und Nutzholz gänzlich fehlen.

(Schluß folgt.)

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Dezember 1867. No. 11.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 11.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Dezember 1867.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 3. Dezember.	
101	Trozler gegen Ruto. — Erbtheilung.	Burkhard. — Wedekind.
104	Heitzmann gegen Wetzel. — Forderung	Grimm. — Marquier.
	Donnerstag den 5. Dezember.	
91	v. Falkenstein gegen Oberrimsingen. — Waidrecht. . . .	Eſſer. — Geißmar.
102	Weil gegen ihren Ehemann. — Ehescheidung.	Scholl. — Eſſer.
	Dienstag den 10. Dezember.	
103	Fröschl gegen v. Andlaw. — Forderung.	Wedekind. — Walther.
129	Frei gegen Stövesandt. — Urtheilsvollstreckung. . . .	J. Gutmann. — Ettlinger.
	Donnerstag den 12. Dezember.	
112	Kessinger gegen Andelfinger. — Einsprache.	Fürst.
100	Krämer gegen Gieser. — Forderung.	Schenkh. — Fürst.
	Dienstag den 17. Dezember.	
107	Schmidt gegen Schwarzhalden. — Holzberechtigung. . . .	Eſſer — Gernandt.
108	Dietz gegen Fahner. — Vertragsauflösung.	Strauß.
	Donnerstag den 19. Dezember.	
111	Roos gegen Braunwarth. — Arrestaufhebung.	Eller. — Grimm.
109	Weigand gegen Schmidt. — Entschädigung.	Grimm. — Wallau.

Digitized by Google

Verlag von J. Bensheimer in Mannheim.

Soeben erschien:

Die 2. Lieferung der II. Abtheilung

des

Strafgesetzbuches

für das

Großherzogthum Baden

nebst

Abänderungen und Ergänzungen

mit Erläuterungen

von

Dr. Sigismund Puchelt,

großherzogl. badischem Kreisgerichtsdirector.

Inhalt:

(Titel XXVI. bis XL.: Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung, Fälschung, Betrug, Beeinträchtigung der Familienrechte, Falscheid, Münzverbrechen, Wucher, Untreue, Brandstiftung, Ueberschwemmung, Beschädigung von Eisenbahnen und Telegraphen, Sachbeschädigung.)

Preis eleg. broch. fl. 2. 20.

Schluß dieses Werkes erscheint in Kurzem.

Da in Folge der neuesten Regierungsvorlagen an die jetzt versammelten Kammern der Landstände die Erlassung der wichtigen Gesetze über

Ministerverantwortlichkeit, Presse, Vereine und parlamentarische Redefreiheit

in sicherer Aussicht steht, so beehre ich mich anzuzeigen, daß sofort nach deren Publikation als

Ergänzungsband zu den Erläuterungen des Strafgesetzbuches

von

Dr. S. Puchelt,

großherzogl. bad. Kreisgerichtsdirector

eine Ausgabe dieser Gesetze mit Erläuterungen von demselben Herrn Verfasser bei mir erscheinen wird. Bestellungen werden bereits von der Unterzeichneten, wie von allen Buchhandlungen angenommen.

Soeben erschien:

Commentar

zum

allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche

von

Dr. Friedr. v. Hahn.

II. Band zweite Abtheilung.

fl. 3. 36. kr.

Mit dieser Abtheilung ist der Commentar zu den vier ersten Büchern des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs geschlossen. Da diese Bücher ein in sich abgeschlossenes Ganze bilden, so ist ein ausführliches alphabetisches Sachregister über Text und Commentar der beiden ersten Bände beigefügt und ist der Preis der beiden completten Bände fl. 9. 12 kr.

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 40.

(Schluß von Art. 120.)

Unter diesen Verhältnissen erscheinen die für Abweisung des klägerischen Begehrens in Bezug auf das Bau- und Nutzholz sprechenden Gründe überwiegend. Die Anwendung des §. 107 Abs. 2, auf solche Holzberechtigungen, wenigstens in Fällen wie der hier vorliegende, würde auf unüberwindliche Hindernisse stoßen, auch würde bei obiger Sachlage schon die Zweifelhaftigkeit der Absicht des Gesetzgebers in Betreff einer soweit auszudehnenden Tragweite des Gesetzes, das in die wohlerworbenen Rechte Einzelner aus höheren Rücksichten eingreift, die beschränkende Auslegung rechtfertigen. Es muß daher der Klägerin in dieser Hinsicht überlassen bleiben, nach §. 134 des Gesetzes geeigneten Falls die Ablösung zu erwirken.

Hiernach ist das abweisende Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts nach Maaßgabe des Obigen zum Theil, nämlich bezüglich des Brennholzes und namentlich auch der Maaßbestimmung rücksichtlich der Zahl der Bürger überhaupt, abzuändern, zum Theil aber, nämlich bezüglich des Bau- und Nutzholzes, zu bestätigen.

Die Kosten, soweit sie nicht die rechtskräftig erledigte Widerklage betreffen, sind gemäß Pr.O. §. 169. 172 wettzuschlagen.

Ansicht der Minderheit bei dem Oberhofgericht.

Obiges Urtheil des obersten Gerichtshofs erging nur mit 4 Stimmen gegen 3. Die Minderheit war zwar mit der Mehrheit darin einverstanden, daß die Klage, soweit sie sich auf das Bau- und Nutzholz bezieht, abzuweisen sei; sie wollte aber auch diese Abweisung der Klage auf das Brennholz ausdehnen und ging dabei von folgender Ansicht aus:

Wie die Klage selbst sagt, steht der Gemeinde Oberlenzkirch, zufolge der oberhofgerichtlichen Urtheile, das Recht zu, aus den belasteten Waldungen der Klägerin für alle ihre Bürger ohne Unterschied, das benöthigte Brenn-, Bau- und Nutzholz, vorbehaltlich besonderer Nachweisung des Bedürfnisses eines jeden derselben, für jedes Jahr, unentgeldlich zu beziehen.

Es ist also nach Inhalt des Rechtstitels das Berechtigungsholz zur Deckung des eigenen Bedürfnisses besonders bestimmt, darf mithin nach den Eingangsworten des §. 107 des Forstgesetzes nicht anders verwendet, z. B. nicht verkauft werden.

Wenn nun dem Begehren der klägerischen Standesherrschaft stattgegeben, und das Maaß der Brennholzberechtigung durch gerichtlichtliche Schätzung ein für allemal festgesetzt, und zwar nach Maaßgabe der Bürgerzahl, der Größe ihrer Familien und nach dem Stand ihrer Häuser vom 17. Februar 1865 unveränderlich festgestellt würde, so müßte die klägerische Standesherrschaft jedes Jahr die hiernach ein für allemal festbestimmte Anzahl von Klaftern Brennholz an die Gemeinde Oberlenzkirch abliefern, ohne alle Rücksicht darauf, ob die Bürgerzahl ꝛc. sich inzwischen vergrößerte oder verkleinerte. Hätte sie sich vergrößert, so daß die normale Quantität das Bedürfniß Aller nicht mehr deckte, so könnte man sagen, daß eben die Gemeinde den Schaden tragen müsse. Wenn aber die Bürgerzahl und damit das Holzbedürfniß herabgesunken wäre, z. B. um ein Viertheil, und dennoch die nämliche Normal-Quantität an die Gemeinde abgegeben werden müßte, so träte der Fall ein, daß ein Viertheil des abgetretenen Brennholzes, weil über Bedürfniß abgegeben und doch nicht verkäuflich, rein verschwendet werden oder verderben würde.

Ein solches Ergebniß enthält ebenfalls — wie bei dem Bau- und Nutzholz — einen Grund der sachlichen und rechtlichen Unmöglichkeit bei Anwendung des Gesetzes bezüglich des Brennholzes; und es bleibt dem belasteten Waldeigenthümer nur ein, aber vollständig ausreichendes Mittel zur Feststellung des Maaßes seiner Verpflichtung übrig, nämlich das der Entlastung nach §. 134 des Gesetzes, lautend:

„Der Eigenthümer einer Waldung kann die Entlastung derselben von einem Beholzungsrechte in der Art verlangen, daß dem Berechtigten ein Theil des Waldes zur Entschädigung als Eigenthum zugewiesen werde.

Der Entschädigungsantheil darf gegen den Wil-

Digitized by Google

len des Berechtigten nicht aus getrennten Stücken bestehen, er muß der aufgehobenen Berechtigung im Werthe gleich kommen, und soweit es hiernach und nach der Oertlichkeit und dem Bestande des Waldes möglich ist, den bisherigen Holzbezug des Berechtigten auch für die Zukunft decken.

Die Entscheidung in streitigen Fällen steht den Gerichten zu."

Auch für dieses Ablösungsverfahren fehlen alle näheren Vollzugsvorschriften, wie sie in den Gesetzen über die Ablösung des Zehnten, der Frohnden und dergleichen enthalten sind. Bei der Berathung des Forstgesetzes in der II. Kammer äußerte der in den Ablösungsgesetzen wohlerfahrene Abgeordnete Regenauer zum dritten Abschnitt des ersten Theils, von der Ablösung der Forstberechtigungen:

„Ich war zuerst im Zweifel, ob ich nicht auf den Strich des dritten Abschnitts antragen sollte, denn für die Ablösung der Forstberechtigungen ist zu wenig gesorgt. Ich habe mich aber anders entschlossen, weil ich erwog, daß es gut ist, die Grundlage zu einem Ablösungsgesetz zu erhalten."

7. Protokollheft S. 389.

Leider ist es aber bei dieser Grundlage geblieben, und die Vollzugsvorschriften sind im Wege der Gesetzgebung noch zu erlassen. Wie nothwendig dieses ist, zeigt ein Rechtsfall, welcher bei dem obersten Gerichtshof anhängig war. Er wurde entschieden, ohne daß es auf die hieher bezüglichen Fragen ankam. Der großh. Domainenfiscus hatte am 15. Januar 1858 gegen eine Gemeinde auf Ablösung der dieser zustehenden Holzberechtigung geklagt, und dabei ausgeführt:

„Die Pflicht der Beklagten zur Ablösung kann nach §. 134 des F.G. nicht zweifelhaft sein, und es kann sich daher streng genommen nur um die Art und Weise handeln, wie die der Gemeinde in Wald zuzuscheidende Ablösungsentschädigung bestimmt werden soll."

Es ist daher nicht nur nöthig, daß die Gemeinde verurtheilt werde, sich die Ablösung gegen Zuscheidung eines entsprechenden Theils des belasteten Waldes gefallen zu lassen, sondern daß auch schon im ersten Verfahren die wesentlichen Grundsätze festgestellt werden, nach welchen die Ablösung vollzogen werden soll.

Nach der Natur der Sache bestehen die letztgedachten Grundsätze im Wesentlichen in Folgendem:

1) Die Zuscheidung desjenigen Waldtheils, welcher der Gemeinde als Aequivalent für ihre aufhörende Holzberechtigung gebührt, geschieht durch forstliche Experten;
2) diese Experten haben der Gemeinde zur Abfindung ihres Holzbezugs einen solchen Theil des belasteten Walds zu Eigenthum zuzuscheiden, dessen nachhaltiger Geldertrag im normalen Waldzustande an Holz und Nebennutzungen mit Rücksicht auf die zur Zeit der Haubarkeit vorhandenen Holzgattungen und Holzsortimente der reinen bisherigen Geldrente der Gemeinde aus ihrem Holzbezug gleichkömmt;
3) die Experten verfahren hiebei näher, wie folgt:
   a) sie ermitteln auf möglichst verläßige Weise, nach welcher Holzgattung und welchem Sortimente die Gemeinde ihr Berechtigungsholz aus den 10 Jahren von 1846/47 bis 1855/56 bezogen hat; auf gleiche Weise ermitteln sie die Holzpreise der Holzgattungen und Sortimente für die gleichen 10 Jahre; aus hiernach resultirendem Material- und Preisergebniß ziehen sie den Durchschnitt;
   b) nach Maaßgabe der oben bemerkten Durchschnitte ermitteln die Experten die reine jährliche Geldrente des Holzbezugs, wobei sie zugleich die Aufbereitungs-, Bringer- und Setzerlöhne, sowie die §. 1 benannten Gegenleistungen in Abzug bringen, nachdem sie in letzterer Beziehung hinsichtlich der Frohndleistung und des Einsammlens des Waldsaamens die Größe dieser Leistungen nach dem Durchschnitt der 10 Jahre 1846/47 bis 1855/1856 ermittelt und den Preis derselben festgesetzt haben;
   c) die Experten ermitteln die normale Ertragsfähigkeit des an die Gemeinde abzutretenden Waldtheils nach einer von ihnen festzusetzenden Umtriebszeit nach Holzmasse und Sortimenten und unter Zuschlag der etwaigen Nebennutzungen mit der Unterstellung, daß diese nach den Bestimmungen des Forstgesetzes bezogen werden. Da die Gemeinde jedenfalls

einen Waldtheil von 200 Morgen und damit auch das Jagdrecht auf demselben erhält, so ist auch der Jagdwerth nach einer Schätzung in Anrechnung zu bringen;

d) die Experten ermitteln ferner den dermaligen Holzvorrath der abzutretenden Fläche mittelst specieller Aufnahme, sowie den zeitlichen Zuwachs und fertigen einen vollständigen Betriebs- oder Wirthschaftsplan, gegründet auf eine vorherige specielle Beschreibung der einzelnen Waldtheile. Die Materialerträge der einzelnen Perioden des Wirthschaftsplans und die Erträge der Nebennutzungen werden dann in Geld ausgedrückt;

e) sofort bestimmen die Experten unter Berücksichtigung der auf den Waldtheil der Gemeinde künftig fallenden Lasten eine solche Waldfläche, deren reiner Geldertrag im normalen Waldzustand der bisherigen reinen Geldrente der Gemeinde gleich kömmt;

f) die Experten nehmen ihre Operationen entweder vereint oder einzeln vor, auch sind sie befugt, mit einzelnen Verrichtungen, z. B. Holzaufnahmen, geometrischen Vermessungen und Steinsatz andere geeignete Personen zu betrauen.

Auf die Einwendungen der beklagten Gemeinde replicirte der großh. Domänenfiscus.

Es handelt sich nicht um ein prozessualisches Verfahren, sondern um Grundsätze, nach welchen die Ablösung bewirkt werden soll. Wären diese, wie bezüglich anderer Ablösungen, z. B. des Zehntens, der Waidrechte, im Forstgesetz näher bestimmt, so bedürfte es allerdings einer richterlichen Feststellung derselben nicht, sondern nur ihres Vollzugs durch den Richter. Da aber das Forstgesetz diese Grundsätze nicht näher bestimmt, so muß hierüber — wenn sich die Betheiligten nicht vereinbaren — der Richter ein Erkenntniß geben.

Beispielsweise sind folgende Grundsätze hervorzuheben, worüber bezüglich der vorliegenden Klage richterliche Entscheidung erforderlich ist:

Das Forstgesetz bestimmt nicht, wer den abzutretenden Waldtheil, rücksichtlich seiner Lage, Größe 2c. auswählt, ob die Parthien oder der Richter oder aber Experten. Es muß daher hierwegen eine richterliche Entscheidung erfolgen.

Bei den verschiedenen Ablösungen kam es sehr darauf an, welche Durchschnittsjahre bezüglich des Materialabwurfs der Berechtigung und der Preise einzutreten haben.

In den verschiedenen Ablösungsgesetzen finden sich deßfallsige Normen.

Im §. 134 fehlen sie.

Ueber Ermittlung des Werthes des hinzugebenden Waldes kann man sehr verschiedener Ansicht sein; man kann den Werth des Waldes nach dessen Nutzwerth bemessen, wie in der Klage geschehen; man kann aber für den Walderwerber einen Kaufpreis vortheilhafter halten, so daß das Geldkapital der Berechtigung berechnet und der nämlichen Summe der Waldwerth gleichgestellt und der letztere so gefunden wird, daß der Werth des Holzes mit Hinzuschlag des Werthes des Grundes und Bodens den Waldwerth bildet.

Auch hierüber können die Experten nicht für sich allein entscheiden, sondern auch die Parthien müssen darüber gehört, und es muß vom Richter etwa nach Erhebung einer Expertise erkannt werden, ehe im sog. Vollzugsverfahren das Weitere erfolgen kann.

—. Hiernach findet selbst der großh. Domainenfiskus, dem doch eine reiche Auswahl von wissenschaftlich und praktisch gebildeten Forstmännern zu Gebote steht, eine Lücke im Forstgesetz; und da bei dem Feststellungs-, wie bei dem Ablösungsverfahren sehr bedeutende Werthe und der Nahrungsstand vieler Gemeinden in Frage liegt, so wäre eine baldige Abhilfe durch ein Vollzugsgesetz dringendes Bedürfniß.

121.

Ueber Begründung der Minderungsklage, L.R.S. 922,

vrgl. Annalen XXVI. S. 241.
XXVIII. S. 246.

ist

In Sachen

der Ehefrau des Blasius Fritschler von Föhrenthal, Barbara geb. Wisser, Klägerin, Appellatin, Adhärentin, Oberappellantin,

gegen

die Miterben an dem Nachlaß der verstorbenen Mathias Wißer's Wittwe, Maria geb.

Ganter von Unterglotterthal ꝛc., Beklagte, Appellanten, Adhäsen, Oberappellaten, Erbtheilung betr.,

ist in den

Entscheidungsgründen

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 8. October 1867 ausgeführt:

ꝛc. Nach §. 272 und 279 der Pr.O. von 1851, jetzt §. 247 und 257, muß der Kläger, der einen Anspruch erhebt, die demselben zu Grunde liegenden Thatsachen bestimmt, vollständig und deutlich anführen und ein bestimmtes Begehren stellen. Der Kläger, der eine Verletzung des Pflichttheils behauptet und darauf die Minderungsklage gründet, muß daher auch begründen, daß und in wie weit eine Verletzung des Pflichttheils vorhanden ist, und er muß in seinem Begehren bestimmt bezeichnen, in wie weit er eine Ergänzung desselben verlangt. In der erstern Beziehung hat der Kläger daher alles dasjenige anzuführen, was der L.R.S. 922 bei Berechnung nung des Pflichttheils, resp. dessen Verkürzung beobachtet wissen will. Es ist daher nicht nur das Vermögen des Erblassers, das bei seinem Tode noch vorhanden war, anzugeben, sondern es ist auch der Betrag der Schenkungen unter Lebenden bestimmt zu bezeichnen, und dieß dadurch zu begründen, daß nicht nur der Zustand der geschenkten Gegenstände, wie er zur Zeit der Schenkung war, sondern auch deren Werth, wie er sich zur Zeit des Todes des Erblassers stellt, genau angegeben wird; hiernach sind beide Beträge zusammenzurechnen, und aus diesen, nach Abzug etwaiger Schulden, der Freitheil des Erblassers und resp. der Pflichttheil und dessen etwaige Verkürzung zu berechnen, und diese letztere, aber auch nur diese, kann Gegenstand des Klagbegehrens werden. ꝛc.

Joseph Wisser trat nach dem Willen seiner Mutter und mit Zustimmung sämmtlicher betheiligter Kinder (die Klägerin hatte nur gegen den Anschlag des Hofguts protestirt) an der Stelle seines jüngsten Bruders Blasius als Vortheilsberechtigter in das Hofgut ein, und es war daher seine Mutter, wie sie wirklich gethan, auch befugt, ihm dasselbe um einen kindskäuflichen Anschlag, nach L.R.S. 827d, um ein Viertheil unter dem wahren laufenden Verkaufswerthe, zu überlassen; es könnte dieses Viertheil daher keinesfalls als eine dem Uebernehmer gemachte Schenkung, welche zur Berechnung des Pflichttheils eingeworfen werden müßte, betrachtet werden. ꝛc.

Nach L.R.S. 853 darf nicht jedes Rechtsgeschäft, welches ein Erbe mit dem Erblasser abgeschlossen, und das dem Erstern etwa in der Folge einen Gewinn gebracht hat, als eine der Einwerfung unterworfene Schenkung enthaltend betrachtet werden; ein solches Rechtsgeschäft stellt sich vielmehr nur alsdann als ein dem Erben gemachtes Geschenk dar, wenn der Erblasser zur Zeit des Vertragsabschlusses dem Erben aus seinem Vermögen einen Vortheil zuwendet, ohne eine entsprechende Gegenleistung dafür von dem Letztern zu erhalten. Es erscheint daher bei einem derartigen Rechtsgeschäfte lediglich der Moment des Vertragsabschlusses rücksichtlich der Frage entscheidend, ob dasselbe eine Schenkung an den Erben enthalte oder nicht.

Der Uebergabsvertrag vom 29. Januar 1855 ist aber als ein wahrer Kaufvertrag der Mutter mit dem vortheilsberechtigten Sohne Joseph zu betrachten, indem demselben das Hofgut nebst Fahrnissen gegen einen bestimmten Kaufpreis und einige andere pecuniäre Leistungen übergeben worden ist. ꝛc.

Nach dem klaren Wortlaute des L.R.S. 922 ist für Werthsbestimmung eines Geschenkes lediglich derjenige Zustand der geschenkten Sache maßgebend, in welchem er sich zur Zeit der Schenkung befand, und nur der Werth derselben soll nach Maaßgabe derjenigen Preise bestimmt werden, welche die Sache in jenem Zustande zur Zeit des Todes des Geschenkgebers gehabt haben würde.

Die Klägerin hätte daher schon in der Klage eine genaue Beschreibung des Hofgutes nach seinem Zustande, wie es sich zur Zeit der Uebergabe darstellte, geben, und also seine Bestandtheile an Aeckern, Wiesen, Reben, Waldungen u. dgl. nach Lage, Maaß und Beschaffenheit anführen, und ebenso die mit dem Hofgut übergebenen Fahrnisse genau verzeichnen müssen; hierzu wäre sie aber um so mehr veranlaßt gewesen, als sie schon in der Klage eine Schätzung des Hofguts und der Fahrnisse in Aussicht gestellt hat, als aber die Thatsachen, aus wie vielen Morgen Ackerfeld, Bergfeld, Wiesen, Reben und Waldungen das Hofgut im Jahr 1855 bestanden hat, und von welcher Beschaffenheit sie damals waren, und sodann, welche Fahrnisse, und in welcher Zahl und Beschaffenheit damals mit übergeben worden sind, keinesfalls Gegenstand eines Gutachtens von Sachverständigen sein konnte, da dies historische Thatsachen sind, welche auf andere Weise durch Geständnisse, Urkunden und

Digitized by Google

Zeugen festgestellt werden müssen, die aber nicht durch Fach- oder Kunstkenntniß ermittelt werden können.*) rc.

Als durchaus unstatthaft ist es zu betrachten, wenn die Klägerin in ihrem Klagbegehren von dem Richter verlangt, daß er dasjenige, was schon zur Begründung der Klage nothwendig gehört, und was in der Klagbitte bestimmt begehrt werden muß, erst im Wege einer gerichtlichen Schätzung herbeischaffe, und daß er dann schließlich in einem blos theoretischen Rechtssatze ausspreche, daß eine etwaige Schenkung um den — seiner Größe nach gar nicht angegebenen — Betrag des Pflichttheils der Klägerin zu mindern sei, während der Regel nach dem Richter nur obliegen kann, über bereits vorhandene Rechtsverletzungen zu entscheiden, also im vorliegenden Falle darüber, ob in Wirklichkeit eine Pflichttheilsverletzung, und in welchem Maaße sie vorliege, diese Fragen aber nach dem Begehren der Klägerin der richterlichen Entscheidung gar nicht unterbreitet werden sollen. rc.

Red.

*) In solchen Fällen empfiehlt sich die alsbaldige Erhebung des Beweises zum ewigen Gedächtniß. §. 520 der Pr.O.

122.

Beweiskraft von Pfandscheinen.

Der Pfandleihanstalt in R. wurde in mehreren Abtheilungen eine Anzahl (angeblich) silberner Eßlöffel als Faustpfänder für verschiedene Darleihen übergeben. Für jedes Darleihen wurde der übliche Pfandschein ausgestellt und es lautet ein solcher dahin:

Pfandschein.

Heute wurde auf ein Dutzend silberner Eßlöffel im Taxationswerth von 58 fl. — 40 fl. auf die Dauer von einem Monate baar ausbezahlt.

R., den 1. Juli 1864.

Pfandleih-Anstalt.
(Unterschrift.)

Die auf den Inhaber gestellten Pfandscheine kamen durch Kauf in dritte Hand.

Bei der Rückgabe des Pfandobjektes — nach Heimzahlung der Darleihen — stellte es sich heraus, daß die verpfändeten Löffel von Christofle waren. Der Besitzer der Pfandscheine nahm letztere nicht an, sondern trat gegen die Leihanstalt klagend auf Herausgabe der silbernen Eßlöffel oder Ersatz des vollen Silberwerthes auf.

Die Statuten der Anstalt enthielten darüber, wie es in einem solchen Falle zu halten sei, keine Bestimmung.

Bei der Entscheidung herrschte nun in I. und II. Instanz kein Zweifel darüber, daß nach der rechtlichen Natur des Faustpfandvertrages die beklagte Leihanstalt nur zur Rückgabe des in Wirklichkeit versetzten Gegenstandes verbunden sein kann.

Der Unterrichter ging aber von der Ansicht aus, daß die unrichtige Bezeichnung des Gegenstandes (als von Silber) unwesentlich sei, da die Pfandscheine ein Bekenntniß darüber, daß die Anstalt auch für die angegebenen Eigenschaften hafte, nicht enthalten.

Es wurde demgemäß dem Kläger — abgesehen von den als ächt anerkannten Pfandscheinen — der Beweis über die wirkliche Hingabe silberner Löffel auferlegt. —

Von dem Appellationssenate des Kreis- und Hofgerichts Offenburg wurde dagegen — und wohl mit Recht — ausgesprochen:

„daß die ausgegebenen Pfandscheine die Feststellung und den Beweis des stattgefundenen Rechtsgeschäftes in allen wesentlichen Beziehungen bezwecken und die Beklagte den ganzen Inhalt gegen sich als wahr gelten lassen müsse,“

jedoch — durch Schlußfolgerung aus obigem Princive — der Gegenbeweis über die Identität der verpfändeten und zurückgegebenen Löffel zugelassen. Den Gegenbeweis führte die Beklagte insbesondere durch Beiladung des ursprünglichen Verpfänders; sie wurde für erheblich erachtet und, da das Geständniß des Beigeladenen zu Gunsten der Beklagten lautete, der Letzteren der Erfüllungseid über die Identität auferlegt. —

Da Gegenbeweismittel nicht immer zu Gebot stehen werden, so erscheint es für Pfandleihanstalten höchst rathsam, sich vor der Annahme über die Aechtheit und den wahren Werth des Faustpfandes genau zu verlässigen.

Reich,
Amtsrichter in Rastadt.

Digitized by Google

123.

Kommt den bürgerlichen Gerichten gemäß §. 21 der Verordnung vom 20. November 1861 die Entscheidung der Frage zu, ob eine Stiftung als kirchliche oder weltliche zu betrachten ist.

Diese, oben unter Ziff. 53 S. 134 ff. schon besprochene Streitfrage kam

In Sachen

der katholischen Kirche (!), vertreten durch den katholischen Oberstiftungsrath in Karlsruhe, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin,

gegen

die Dekan Hirt'sche Stipendienstiftung in Meßkirch, vertreten durch den großh. Verwaltungshof in Bruchsal, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,

Anerkennung der kirchlichen Eigenschaft dieser Stiftung betr.,

bei großh. Oberhofgericht abermals zur Entscheidung, von welchem das Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Konstanz vom 26. Nov. 1866, No. 11,531, besagend:

„Der Kläger sei mit der erhobenen Klage, unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits, abzuweisen;"

sodann das bestätigende Urtheil des Appellationssenats jenes Gerichtshofes vom 22. Februar d. J., No. 2072, durch Urtheil vom 27. September 1867 unter Verfällung des beklagten, oberappellatischen Theils in die Kosten aller drei Instanzen, dahin abgeändert wurden, daß die Dekan Hirt'sche Stipendienstiftung zu Meßkirch als eine kirchliche Stiftung zu erklären sei, und der Vertreter der Beklagten dies anzuerkennen und zu gestatten habe, daß jene Stiftung als kirchliche Stiftung gesetz- und verordnungsgemäß von der Klägerin verwaltet und benützt werde.

Entscheidungsgründe.

Die vom katholischen Oberstiftungsrath als Vertreter des kirchlichen Stiftungsvermögens gegen die seine Klage abweisenden vorderinstanzlichen Urtheile erhobene Beschwerde ist begründet.

Als wesentlicher Einwand gegen das Klagbegehren, das auf Anerkennung der Dekan Hirt'schen Stiftung im Testament vom 2. April 1851 als einer „kirchlichen" Stiftung gerichtet ist, wurde geltend gemacht und auch der Entscheidung zu Grunde gelegt, der Wortlaut des Testaments in §. 10 besagend: „den Kirchengemeinden, bei denen ich angestellt war, nämlich Pfohren, Sunthausen und Stockach, ferner der Stadtgemeinde Meßkirch vermache ich 3150 fl., nämlich Pfohren und Sunthausen 1050 fl., Stockach 1050 fl. und Meßkirch ebenfalls 1050 fl., — woraus sich ergeben soll, daß das Vermächtniß der politischen Gemeinde Meßkirch zu Eigenthum gegeben war, daß somit darnach schon die Stiftung als eine „weltliche" aufzufassen sei, — eine Annahme, die für um so unbedenklicher erachtet wurde, als auch eine „weltiiche Stiftung" und eine „weltliche Verwaltung" „kirchliche Zwecke" zu erreichen streben könne.

Man kann nun zwar die letztere Annahme für durchaus richtig anerkennen, dagegen ist die zuerst gedachte Schlußfolgerung nicht für begründet zu erachten.

Der Gegensatz von Kirchen- und Stadtgemeinde scheint zwar für jene Auslegung zu sprechen, allein im Wortlaut liegt noch keine unbedingte Nothwendigkeit, jene Gemeinde nur als politische aufzufassen, da einmal das Wort „politisch" nicht beigefügt ist, andererseits aber jede Stadtgemeinde auch zugleich eine Kirchengemeinde ist, und hiernach zunächst schon die Möglichkeit nicht ausgeschlossen erscheint, daß der Erblasser unter jener Bezeichnung gleichfalls die Eigenschaft der Gemeinde als Kirchengemeinde sich gedacht habe.

Unter diesen Verhältnissen und da es ferner unbestrittene Thatsache ist, daß zur Stadt- (Kirchen) gemeinde Meßkirch noch mehrere — zum Theil selbst ausländische — Neben- oder Filialkirchengemeinden gehören, so daß nur diesen gegenüber Meßkirch möglicherweise als Stadtgemeinde bezeichnet wurde, ist es für den Richter geboten, nach der wahren Absicht des Testators — zu forschen, und diese selbst über den Wortlaut seiner Verfügung zu stellen. L.R.S. 1100 d. a. f. und 1156 a.

Für die Lösung der Frage, ob eine Stiftung „weltlicher oder kirchlicher" Natur sei ist es das erste Erforderniß, nach dem Zwecke der Stiftung zu fragen, denn dieser ist es und muß es sein, der den wahren Grund und die Absicht der Stiftung enthält, und dieser nach außen und in allen ihren Wirkungen das Gepräge des Willens des Stifters verleiht.

Digitized by Google

In dieser Beziehung kann nun unmöglich ein aus der ganzen Verfügung herausgerissener Satz oder ein einzelner Ausdruck, sondern nur diese Verfügung in ihrem vollen Zusammenhange mit jenem disponirenden Satze als maaßgebend erscheinen, und wenn man nun die testamentarische Verfügung des Dekans Hirt, wie sie die Klage anführt und gegnerischer Seits anerkannt ist, nach ihrem Eingange und Schlusse und in ihren einzelnen Bestimmungen ins Auge faßt, so kann als zweifellose Schlußfolgerung nur die aufgestellt werden: daß die in Frage liegende Stiftung nach der ganzen Persönlichkeit des Testators, wie sie sich darnach kundgibt, sowie nach dem von ihm aufgestellten Zweck der Stiftung nur als eine „kirchliche" aufgefaßt werden kann.

Nachdem der Erblasser — ein katholischer Geistlicher, — schon im Eingang des Testaments durch die Worte: „daß ein Theil des Vermögens eines Geistlichen der Kirche und den Gemeinden, in denen er angestellt war und den Armen gebühre" seinen christlichen und kirchlichen Sinn bekundet und als Beweggrund für seine folgenden Verfügungen dargelegt hatte, traf er zunächst Anordnungen für seine Dienstboten und Verwandte, dann für die Schul-, Armen-, Kirchen- und Pfarrfonds in Stockach, wo er als Geistlicher wirkte, traf sodann die hier in Frage stehende Verfügung, und erklärte endlich am Schlusse des Testamentes, daß er: alles übrige Vermögen, der „römisch-katholischen Kirche" in Baden vermache, dessen Ertrag zu „frommen Zwecken" nach der Verfügung des Erzbischofs oder dessen Stellvertreters zu verwenden sei."

Läßt sich nun schon aus diesem durchweg bekundeten vorwiegend „kirchlichen Sinn" des Testators darauf schließen, daß der gleiche Sinn ihn bei dem Vermächtniß an die Stadtgemeinde Meßkirch geleitet habe, so ergibt sich dies zweifellos vollends noch aus der bezüglich jenes Vermächtnisses besonders ausgedrückten Zweckbestimmung, die der Erblasser dahin ausspricht, daß „besagte Kapitalien ausschließlich den Zweck der Verabreichung von Stipendien im Betrage von jährlichen 50 fl. an Bürgersöhne der genannten Gemeinden, welche Willens sind, römisch-katholische Theologie zu studiren, haben sollen," und daß der Bezug des Stipendiums u. A. auch dann sein Ende haben soll, „wenn der im Genuß befindliche seinen Willen, Theologie zu studiren, aufgibt, oder wenn derselbe das bereits begonnene Studium der Theologie aufgibt."

Hiernach ist es nicht die Gemeinde als solche, welche den Nutzen der Stiftung haben soll, sondern es sind dies die Söhne einzelner Bürger, überdies aber nur solche, welche sich dem geistlichen Stande widmen wollen und dabei beharren.

Das Heranziehen und die Heranbildung junger Candidaten der Theologie für den Kirchendienst durch Aussetzung einer Prämie und durch Verabreichung einer Unterstützung, hiernach aber ein vorzugsweise „kirchlicher Zweck: „Die Gewinnung geistlicher Diener der Kirche, und damit denn auch die Befriedigung eines „kirchlichen Bedürfnisses" — erscheint als der Haupt- und Endzweck der Stiftung, wobei das Bedenken der Bürgersöhne gewisser begünstigter Gemeinden und der dadurch bekundete Wunsch und Versuch ihrer Gewinnung für jenen Stand zwar auch als Zweck der Stiftung, immerhin aber nur als untergeordneter Zweck erscheint. Wäre der Vortheil jener Bürgersöhne der alleinige oder Hauptzweck der Stiftung gewesen, so hätte diese nicht die Ergreifung eines bestimmten Standes, und zwar des katholischen Priesterstandes, als die conditio sine qua non hingestellt, vielmehr eher die Wahl des Berufes den Begünstigten anheimgestellt.

Läßt sich nun hiernach ein besonderer Vortheil der Gemeinde als solcher nicht ersehen, so läßt sich auch nicht unterstellen, daß der Testator die Gemeinde als Eigenthümerin des Vermächtnisses mit allen seinen rechtlichen Folgen habe einsetzen wollen, die Berufung der Stadtgemeinde im Gegensatz der weiter bedachten Kirchspielsgemeinden läßt sich vielmehr nur in dem von dem Kläger angedeuteten Sinne auffassen, daß der Erblasser bezüglich auf Meßkirch nicht die Bürgersöhne sämmtlicher dazu gehöriger Kirchspielsgemeinden, sondern nur jene seiner Heimathsgemeinde, somit der ihm am meisten am Herzen liegenden Gemeinde habe bedenken wollen, wofür er bezeichnend den Ausdruck Stadtgemeinde wählte.

Hat nun die Stiftung einen kirchlichen Zweck und erscheint dadurch das gestiftete Kapital als ein für kirchliche Bedürfnisse gewidmetes Vermögen, so finden hier die Bestimmungen des §. 10 des Gesetzes vom 9. October 1860 und der §§. 3. 11 der Vollzugsverordnung dazu vom 20. November 1861 auch in Bezug auf die Verwaltung der Stiftung Anwendung, da der Erblasser

Digitized by Google

eine davon abweichende Bestimmung in dieser Beziehung nicht getroffen hat. — Eine solche ausdrückliche Bestimmung hätte erfolgen müssen und wäre gewiß erfolgt, wenn der Erblasser etwa die politische Gemeinde als die Verwalterin der Stiftung hätte bestellt wissen wollen; daß dies aber nicht der Fall war, daß er sich vielmehr auch für die Stiftung für Meßkirch nur die „Kirchenstiftungsverrechnung" als die geordnete Verwalterin dachte, — läßt sich aus dem Schweigen hierüber unterstellen, während er bezüglich der Stiftung für Sunthausen und Pfohren, welche abwechselungsweise den Genuß derselben haben sollten, ausdrücklich bestimmte, daß der Kirchenverrechner zu Sunthausen die Verwaltung haben solle. — Diese Bestimmung war bei der Concurrenz zweier Genußberechtigter mit getrennten Verwaltungen nöthig, sie hätte aber sicherlich den Erblasser darauf geführt, auch bezüglich auf Meßkirch eine besondere Bestimmung zu treffen, wenn er etwas Anderes gewollt hätte, als sich aus dem kirchlichen Zweck der Stiftung ergab, daß nämlich auch die Kirchenstiftungsverrechnung der Stadt Meßkirch die Verwaltung führe.

Nach allem diesem liegt hier eine „selbstständige und kirchliche" Stiftung vor, deren Verwaltung daher auch nur der für eine solche gesetzlich bestellten Behörde gebührt, — und für die Richtigkeit dieser Ansicht liegt überdies noch ein bedeutendes Anerkenntniß in der unbestrittenen Thatsache, daß fragliche Stiftung bis zum Jahr 1864 nicht von dem Gemeinderath der politischen Gemeinde, sondern von dem dortigen Stiftungsvorstand unter Aufsicht der vorgesetzten Kreisregierung verwaltet wurde, nachdem sie von dem großh. Ministerium des Innern auf Antrag jener Regierung die Staatsgenehmigung erlangt hatte.

Diese Genehmigung erfolgte auf Grund der Verordnung vom 10. April 1833, Reggsbl. XVIII. S. 98, welche in den §§. 3 u. 4 zwischen Schenkungen an eine bereits bestehende Stiftung und Schenkungen, durch welche eine neue Stiftung gegründet wird, unterscheidet, und nur im letzteren Falle unbedingt die Staatsgenehmigung durch das Ministerium des Innern, und im Falle, daß der Werth der neuen Stiftung den Betrag von 3000 fl. übersteigt, selbst jene des Staatsministeriums zur Gültigkeit verlangt.

Eine bereits bestehende Stiftung im Sinne jener Verordnung liegt hier nicht in Frage, denn daß die Corporation der politischen Gemeinde nicht als eine solche Stiftung aufgefaßt werden kann, ist nicht zweifelhaft; jene Staatsgenehmigung kann somit nur auf Grund des gedachten §. 4 der Verordnung erfolgt sein, wornach die Stiftung als eine neue und selbstständige aufzufassen ist.

Mit jener Ansicht einer neuen selbstständigen Stiftung stimmt denn auch endlich noch die Fassung der öffentlichen Bekanntmachung durch das Ministerium des Innern im Regierungsblatt No. XXXI. von 1854 überein, wornach „der Stiftung des Dekans und Pfarrers Hirt von 1050 fl. zur Verwendung von Stipendien an Bürgersöhne der Gemeinde Meßkirch, welche die katholische Theologie studiren," — die Staatsgenehmigung ertheilt wird ꝛc."

—. Auch bei dieser Entscheidung, welche allerdings den Vollzug eines letzten Willens betrifft, sind die oben S. 138 bezeichneten Gründe von einer Minderheit geltend gemacht, insbesondere ist wiederholt hervorgehoben worden, daß der Streit kein civilrechtlicher sei, indem er nicht etwa von zwei Privatpersonen als Parteien über ein zwischen ihnen auszutragendes Vermögensrecht, sondern von zwei öffentlichen Behörden darüber geführt werde, welche von ihnen Beiden zur Vertretung einer und derselben moralischen Person berufen sei.

Es wurde in dieser Richtung bemerkt:

„Jeder Civilprozeß setzt zwei mit einander streitende, Vermögen besitzende, Privatpersonen — physische oder juristische — voraus. Hier klagt der Oberstiftungsrath, eine öffentliche Behörde, aber als Vertreter einer Privatperson, nämlich der Stipendiumstiftung — einer pia causa. Diese Stipendiumstiftung ist also der klagende Theil. Gegen wen klagt sie? Nach der Rubrik der Klage: gegen sich selbst.

Klagt sie gegen den Verwaltungshof, so steht ihr entgegen, daß dieser eine öffentliche Behörde ist, keine (Vermögen besitzende) Privatperson, und daß er seine Befugniß zur Verwaltung der Stiftung nicht aus dem Privat-, sondern aus dem öffentlichen Rechte ableitet.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 41.**

(Schluß von Art. 123.)

Der Fall ist analog dem Streit zweier Vormundschaftsprätendenten oder dem Streit, der zwischen zwei fiscalischen Behörden über die Frage entsteht, welche von ihnen ein dem Fiscus gehöriges Vermögensstück zu verwalten habe.

Der §. 21 der Verordnung vom November 1861 konnte keine eigene Gerichtsbarkeit schaffen und wollte das auch nicht. Sonst hätten die Worte „geeignetenfalls" wegbleiben müssen. Keinenfalls ist er für den Richter bindend, da er sich nicht für ein Gesetz ausgibt. Der §. 17 des Gesetzes vom October 1860 verweist zwar auf künftige Verordnungen, aber nur hinsichtlich der Aufhebung älterer Verordnungen; er erlaubt der Regierung nicht, eine neue, anomale Gerichtsbarkeit zu schaffen. Die Verordnung von 1861 gibt sich auch nur für eine solche aus, welche zum Vollzug des §. 10 des Gesetzes vom October 1860 erlassen wurde." —

124.

Elterliche Gewalt. L.R.S. 373.

Gesetz vom 9. October 1860, Regierungsblatt No. LI. S. 380.

In Sachen

des Friedrich Wüst und dessen Ehefrau Christina geb. Dennig von Emmendingen

gegen

Jakob Friedrich Dennig von da,

Herausgabe eines Kindes betr.,

wurde am 13. Juli d. J. von der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Carlsruhe erkannt, daß der Beklagte schuldig ist, die Tochter der Kläger, Namens Wilhelmine Wüst, herauszugeben, und die Kosten des Streites zu tragen, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen,

welche das Thätsächliche des Falles enthalten:

Nach dem Ergebniß der mündlichen Verhandlung steht fest, daß Wilhelmine Wüst, geboren den 14. Novbr. 1854, eheliche Tochter des Klägers, seit mehreren Jahren mit Zustimmung ihrer Eltern sich bei ihrem Großvater mütterlicher Seite, dem Beklagten, aufhielt, und in der evangelischen Religion erzogen wurde.

Die Eltern sind seit einiger Zeit zu den sogenannten Altlutheranern übergetreten, und beabsichtigen, auch ihre Tochter Wilhelmine in diesem Bekenntnisse zu erziehen, weßhalb sie dieselbe zu sich nehmen wollten. Ungeachtet mehrfacher außergerichtlicher Aufforderungen weigerte sich aber Jakob Friedrich Dennig, das Kind herauszugeben, und dieses selbst hat in der vor großh. Amtsgericht Pforzheim gepflogenen Vergleichsverhandlung sich dahin ausgesprochen, daß es nicht zu seinen Eltern zurückgebe, weil diese es zwingen wollten, zur altlutheranischen Religion überzutreten, was es unter keiner Bedingung thun werde.

Bei dieser Sachlage hat der Kläger den Rechtsweg beschritten, und seine auf Herausgabe des Kindes gerichtete Klage ist auch in Rechten wohl begründet.

Nach L.R.S. 373 darf nämlich ein Kind das väterliche Haus ohne Erlaubniß des Vaters nicht verlassen, außer nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, und allein um Kriegsdienste zu nehmen.

Sofern das Kind dieser Vorschrift zuwider handelt, gibt das Gesetz allerdings eine Klage auf Herausgabe gegen jeden Dritten, welcher dasselbe bei sich aufnimmt. (Interdictum de liberis exhibendis, Zachariä §. 549 Anmerkung 6).

Dieses Zwangsrecht folgt aus dem in dem Gesetz ausdrücklich anerkannten Rechte des Vaters, welches gerade so gut vollziehbar sein muß, wie das Recht des Ehemannes, seine Frau, welche ohne seinen Willen die eheliche Wohnung verlassen hat, zur Rückkehr zu zwingen. L.R.S. 213. 268.

Es handelt sich hierbei keineswegs um eine persönliche Haft, welche nur in den Fällen des L.R.S. 2063 ausgesprochen werden kann, sondern um den Vollzug der väterlichen Gewalt.

Demolombe Band VI. No. 307.

Dalloz XXXVIII. puissance paternelle No. 25.

Digitized by Google

Wenn nun das Kind sich darauf stützt, daß die Eltern eine ihm mißliebige religiöse Erziehung beabsichtigen, so verletzt es den kindlichen Gehorsam und nicht minder ein bestehendes Gesetz. Nach §. 1 des Gesetzes vom 9. October 1860 hat nämlich bei ehelichen Kindern der Vater zu bestimmen, in welcher Religion das Kind erzogen wird, und letzteres kann sich nach §. 5 des Gesetzes erst nach vollendetem 16. Lebensjahre die Religion selbst wählen. Der Beklagte ist daher selbstverständlich in keiner Weise berechtigt, wegen dieses religiösen Grundes die Herausgabe seiner Enkelin zu verweigern.

Ebensowenig kann die dem Kläger zustehende väterliche Gewalt dadurch beeinträchtigt werden, daß derselbe sich nach Angabe des Beklagten dem Trunke ergibt, und in unordentlichen Verhältnissen lebt.

Das Gesetz erklärt nämlich die Eltern nur in den Fällen des 21. und 24. Titels des Strafgesetzbuches, also wegen gegen die Kinder verübten Fleischesvergehen der elterlichen Gewalt verlustig, §. 375 des Str.G.B., wegen anderer Handlungen, z. B. wegen Körperverletzung der Kinder, schlechter Erziehung u. s. w. tritt diese Folge nicht ein. Man kann sich zum Beweis des Gegentheiles nicht auf L.R.S. 444 berufen, welcher bestimmt, daß Leute von kundbar schlechter Aufführung der Vormundschaft verlustig werden. Denn, wenn sich diese Gesetzesstelle auch auf die Eltern beziehen sollte (vergleiche Zachariä §. 99 und 120, Laukhard, Rechtsfälle Bd. III. S. 69), so wäre deren Anwendung keineswegs Sache des diesseitigen Gerichtes. Zudem ist die väterliche Gewalt ganz unabhängig von der Vormundschaft; diese Gewalt ist ein durch die Natur begründetes und durch das Gesetz bestätigtes Recht, welches während einer gewissen Zeit, bis zur Volljährigkeit oder Gewaltsentlassung, den Eltern die Fürsorge über ihre Kinder überträgt.

Dalloz l. c. No. 66.

Der Beklagte hat sich endlich noch darauf berufen, daß sich der Kläger durch eine früher getroffene Uebereinkunft verpflichtet habe, ihm das Kind bis zu dessen Volljährigkeit zu belassen. Eine derartige Uebereinkunft wäre gesetzlich ungiltig und wirkungslos, denn die elterliche Gewalt ist ein unveräußerliches Recht, über welches man keinen Vergleich abschließen, und auf welches man nicht verzichten kann. L.R.S. 2045 §. 1063 der Pr.O.

v. Blittersdorff.

125.

In einem eigenhändigen Testamente muß nicht blos Jahr und Monat, sondern auch der Tag der Errichtung bezeichnet sein.

L.R.S. 970.

Zachariä, französisches Civilrecht §. 668 Note 4 Bd. IV. S. 227.

In Sachen

des Melchior Laggai Eheleute von Altstadt, königl. württemb. Oberamts Rottweil, und Genossen, Kläger, Appellaten, Oberappellaten

gegen

Joseph Anton Uhrenbacher, Landwirth in Winterspüren, Amts Stockach, und Genossen, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Nichtigkeit eines Testaments und Erbtheilung betreffend,

war durch Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz vom 26. November 1866, No. 11,533, das Testament des Joseph Lippus von Seelfingen, de dato Seelfingen im Dezember 1864 für nichtig und sind demzufolge die Beklagten für schuldig erklärt worden, zu gestatten, daß der Nachlaß des genannten Erblassers, soweit er nicht darüber im Testament vom 1. Februar 1861 verfügt hat, gesetzlicher Ordnung nach getheilt werde.

Gegen das bestätigende Urtheil des Appellationssenats jenes Gerichtshofes vom 8. März d. J., No. 2624, haben die Beklagten die Oberappellation ergriffen, allein am 15. October 1867 wurde von großh. Oberhofgericht zu Recht erkannt:

„die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien, unter Verfällung der Beklagten in die Kosten auch der dritten Instanz, zu bestätigen."

Entscheidungsgründe:

„Die Beklagten beschweren sich gegen die Urtheile der vordern Instanzen, wodurch das von dem verstorbenen Joseph Lippus zu Seelfingen im Dezember 1864 zu ihren Gunsten errichtete eigenhändige Testament auf Antrag der gesetzlichen Erben des Testators für nichtig erklärt wurde, weil darin der Tag seiner Errichtung nicht angegeben ist.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Digitized by Google

Bestimmt nämlich der L.R.S. 970 die Förmlichkeiten eines eigenhändigen letzten Willens dahin, daß derselbe durchaus von der Hand des Erblassers geschrieben, unterzeichnet und mit Ort, Tag und Jahr versehen sein müsse, verordnet ferner der L.R.S. 1001, daß die für die verschiedenen Gattungen der Testamente in den L.R.S. 967—1000 vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten seien, und erklärt endlich der L.R.S. 6k einen formell mangelhaften Akt in dem Falle, wenn auf die Unterlassung der Förmlichkeit ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt ist, für durchgehends nichtig und ein Eingeben des Richters auf die Frage, ob im concreten Falle die Absicht des Gesetzes nicht etwa dennoch erreicht sein möchte, für ausgeschlossen, so muß das hier in Frage stehende eigenhändige Testament, aus welchem der Tag seiner Errichtung nicht zu entnehmen ist, als ungiltig angesehen werden, — gleichviel, ob die klagenden Erben Umstände, hinsichtlich deren die Feststellung jenes Tags von Gewicht wäre, geltend machen konnten, oder nicht. —

Die Beklagten berufen sich nun zwar auf das Zeugniß der A. M. Bingeser, wornach Joseph Lippus das Testament am 24. Dezember 1864 vollendet habe, nachdem er schon an mehreren Tagen zuvor mit dessen Niederschreiben beschäftigt gewesen sei.

Dieser Beweis ist aber schon deßhalb unstatthaft, weil bei Testamenten, welche nicht etwa ein bloses Beweismittel bilden, sondern den letzten Willen selbst darstellen, die Beobachtung der für die gewählte Testamentsart vorgeschriebenen Förmlichkeiten aus der Urkunde selbst hervorgehen muß (Zachariä IV. §. 664), und daher bei einem eigenhändigen Testamente der Tag seiner Errichtung nur aus ihm selbst entnommen werden darf."

Red.

126.

Kann der Amtsrichter von der Hauptverhandlung Umgang nehmen:

a) wenn der Angeklagte zwar der ihm zur Last gelegten Handlung geständig ist, aber aus Rechtsgründen deren Strafbarkeit bestreitet?

b) in Privatanklagesachen.

Annalen 1866 No. 27 Ziff. 98. b. S. 212—214.

Graf Hugo von Ingelheim in Oos hatte gegen den Bürgermeister Josef Oser von Steinbach bei dem zuständigen Amtsgerichte eine Anklage wegen Ehrenkränkung erhoben, weil der Letztere bei seiner Einvernahme in einer früheren Strafkammersitzung des großh. Kreisgerichts Baden die Aeußerung gethan hatte: „Es thue ihm leid, daß der Herr Graf noch nicht den Hals gebrochen habe," sowie, daß er den Wagen des Grafen mit dem Ausdruck „Schmalzpfännle" und die an ihn als Bürgermeister gerichtete Eingabe des Grafen vom 5. November v. Js., — welche wegen der darin enthaltenen Verhöhnungen des Bürgermeisters zum Gegenstand einer Anklage von Seiten der großh. Staatsanwaltschaft gemacht worden war — mit dem Ausdruck „Schmutzbrief" bezeichnet hatte.

Das großh. Amtsgericht B. verfügte hierauf, daß kein Grund zur Einleitung einer Untersuchung wegen Ehrenkränkung vorhanden sei, und auf hiegegen erhobene Beschwerde des Anklägers erging von der großh. Raths- und Anklagekammer Offenburg Auftrag an das Amtsgericht B., Untersuchung einzuleiten und Hauptverhandlung anzuordnen. Das Amtsgericht verfügte nun lediglich die Einvernahme des Angeklagten, welcher zwar zugab, die incriminirten Aeußerungen gethan zu haben, jedoch das Vorhandensein des Thatbestandes einer Ehrenkränkung aus Rechtsgründen bestritt und mit der Erklärung, „daß hienach eine weitere Verhandlung nicht nöthig erscheine," das Begehren um Abweisung der Anklage und Verfällung des Anklägers in die Kosten verband. Ohne nun dem Ankläger irgend weitere Eröffnung von dem Ergebnisse der Einvernahme des Angeklagten zu machen, oder — dessen Zulässigkeit vorausgesetzt — die Zustimmung des Anklägers zur Urtheilsfällung ohne Schöffen und ohne Hauptverhandlung zu veranlassen, erließ das Amtsgericht sofort, unter Berufung auf die seinem ersten in der Sache erlassenen Beschlusse beigefügten Gründe, ohne Anordnung der in Gemäßheit des §. 322 der Str.P.O. von der Raths- und Anklagekammer verfügten Hauptverhandlung und ohne Zuzug von Schöffen, ein freisprechendes Urtheil.

Der von dem Ankläger hiegegen an das großh. Kreisgericht Baden ergriffene Rekurs setzte seine Beschwerde lediglich darein, daß — statt der Verurtheilung des Angeklagten — dessen Freisprechung erfolgt sei, ohne die, durch Erlassung dieses Urtheils ohne Schöffen und Hauptverhandlung begründete Nichtigkeit des Verfahrens geltend zu machen. Das Rekursgericht hatte daher auch keine Veranlassung, die Frage, ob die Umgehung der

Digitized by Google

Hauptverhandlung eine Nichtigkeit des Verfahrens begründe, zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. Allein da die Frage von praktischem Belange und auch nicht über alle Zweifel erhaben ist, so will ich es versuchen, dieselbe in Nachstehendem einer Prüfung zu unterziehen, wobei die in der Aufschrift beachtete Unterscheidung zu machen ist, ob, 1) wenn der Angeklagte zwar der ihm zur Last gelegten Handlung geständig ist, aber aus Rechtsgründen deren Strafbarkeit bestreitet, und ob 2) in Privatanklagesachen überhaupt die Hauptverhandlung umgangen werden kann.

I. Unsere Strafprozeßordnung vom Jahre 1864 und beziehungsweise das Gerichtsverfassungsgesetz vom 19. Mai 1864 haben die schon früher für die Obergerichte bestandene kollegiale Verfassung auf die von den Amtsgerichten zu erledigenden Strafsachen ausgedehnt und demzufolge als Regel eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte festgesetzt.

§. 2 und 7 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

§. 304 Abs. 2 der Strafprozeßordnung.

Die Ausnahmsfälle, in denen die Aburtheilung durch den Amtsrichter allein, ohne Schöffen und ohne Hauptverhandlung, gestattet ist, sind in §. 305 der Str.P.O. bestimmt und werden dort nur zwei Fälle unterschieden:

a) diejenigen, in welchen nur eine Geldstrafe oder nur Gefängnißstrafe bis zu 8 Tagen zu erkennen, und in welchen der Beschuldigte „in der Hauptsache" geständig ist;

b) dringende Fälle, deren Aburtheilung sich nicht ohne Nachtheil für den Beschuldigten oder für die Sache bis zur nächsten regelmäßigen Sitzung verschieben läßt, mag übrigens nur eine Strafe von der unter a) erwähnten Art oder eine höhere Strafe zu erkennen sein.

Gründe für die unter b) angeführte Ausnahme lagen in unserm Falle nicht vor. Es konnte sich also nur darum handeln, ob die Voraussetzungen für den Ausnahmsfall unter a) vorhanden waren.

Eine Voraussetzung für den Ausnahmsfall unter a) ist die, daß der Beschuldigte „in der Hauptsache" geständig ist. Was unter dem Geständniß in der Hauptsache aber zu verstehen ist, und ob insbesondere auch der Fall darunter begriffen werden muß, wenn der Angeklagte zwar die ihm zur Last gelegte Handlung zugesteht, aber aus Rechtsgründen deren Strafbarkeit bestreitet, ist weder in dem Gesetze selbst, noch in unseren Quellen und dem Commentar zur Strafprozeßordnung von Ammann näher erläutert.

In der Begründung zum Entwurf der neuen Strafprozeßordnung ist zu §§. 303 304 nur gesagt, daß die Feststellung der Ausnahmsfälle, in welcher die Beiziehung von Schöffen wegfallen soll, theils auf der Natur der betreffenden Straffälle, theils auf dem Wunsche beruhe, die Last des Schöffenamtes einigermaaßen zu erleichtern. Ebenso ist aus dem Commissionsberichte zu §. 304 nichts zu entnehmen.

Dagegen bietet das preußische Gesetz über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen vom 3. Mai 1852, im Artikel 75 Vergleichungspunkte dar, indem dieser Artikel bezüglich des Verfahrens vor den Schwurgerichten besagt:

„Wenn der Angeklagte sich schuldig bekennt, und auf näheres Befragen auch alle Thatsachen einräumt, welche die wesentlichen Merkmale der ihm zur Last gelegten strafbaren Handlung bilden — — — so hat der Gerichtshof ohne Zuzug von Geschwornen das Urtheil zu fällen."

Oppenhoff bemerkte hiezu in seinem Commentar S. 350, daß das Schuldbekenntniß des Angeklagten sowohl den subjectiven, als den objectiven Thatbestand so vollständig in sich schließen müsse, daß es in dieser Beziehung einer thatsächlichen Ergänzung in keiner Weise mehr bedarf, und daß es nicht darauf ankomme, ob das Zugeständniß des ganzen Thatbestandes ausreichende Momente an die Hand gebe, um daraus eine kriminelle Schuldbarkeit zu folgern; ebenso sei nicht erforderlich, daß das Geständniß auch die rechtliche Qualificirung dieser Thatsachen umfasse, und sich also darüber ausspreche, welches Verbrechen durch dieselben dargestellt werde; ja selbst ein Bestreiten der Qualificirung stehe nicht im Wege, das im Uebrigen erschöpfende Schuldbekenntniß der Entscheidung zum Grunde zu legen. Das preußische Gesetz in Art. 75 gestattet unter Umständen sogar dann die Urtheilsfällung ohne Zuziehung von Geschwornen, wenn auf Anregung des Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft Thatsachen in Frage kommen, welche die Ausschließung oder Minderung der gesetzlichen Strafe zur Folge haben würden.

Unsere Strafprozeßordnung in §. 305 geht nun nicht so weit als das preußische Gesetz, welches sogar ein

Digitized by Google

Schuldbekenntniß des Angeklagten verlangt, sondern begnügt sich schon mit einem Geständniß des Angeklagten in der Hauptsache. Es muß daher auch schon dann die Umgehung der Hauptverhandlung gestattet sein, wenn der Angeklagte nur die der Anklage zu Grunde gelegten Thatsachen zugesteht, deren Strafbarkeit aber aus Rechtsgründen bestreitet, und weil eben unser Gesetz ohne weitere Unterscheidung zwischen einem verurtheilenden und freisprechenden Erkenntniß nur von „Fällung des Urtheils" spricht, so muß es dem Amtsrichter alsdann auch freistehen, ein freisprechendes Erkenntniß zu erlassen. Dies wird um so weniger auffallend erscheinen, als der Staatsanwaltschaft gegen ein solches freisprechendes Erkenntniß nach §. 386 der Str.P.O. der Rekurs an das Kreisgericht im öffentlichen Interesse freisteht, was nur für ganz unbedeutende Sachen der allgemeinen Beschränkung von Str.P.O §. 387 unterliegt. Vergl. übrigens die Ausnahme in §. 13 des Gesetzes über das Verfahren in Polizeistrafsachen.

II. Zu einer anderen Entscheidung gelangt man aber schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Privatanklagesachen, wo folgende drei Hauptregeln strengstens zur Anwendung kommen müssen:

1) Das Maaß der prozessualischen Befugnisse jeder Partei muß gleich sein.
2) Jede Partei muß in der Sphäre ihrer Thätigkeit unabhängig sein vom Gegner.
3) Jede Partei hat das Recht zu hören und gehört zu werden.

Plank, deutsches Strafverfahren §. 65.

Zufolge des ersten Grundsatzes hat auch der Ankläger ein lebhaftes Interesse, wenn es sich darum handelt, eine der vom Gesetze für eine gerechte Rechtsprechung gegebenen Garantieen zu beseitigen oder zu mindern.

Ebenso darf es zufolge des zweiten Grundsatzes nicht in die Willkür des Angeklagten gegeben werden, durch seine einseitige Zustimmung zur Umgehung von Rechtsnormen, auf deren Beobachtung der Ankläger ebenso gut ein Recht hat, einen möglicherweise gerade hiedurch ungünstigen Ausgang des Prozesses für den Ankläger herbeizuführen.

Da endlich die Privatanklage gemäß §. 318 der Str.P.O. nur die Thatsachen, auf welche sie gegründet wird, und die Bezeichnung des Vergehens, mit oder ohne Antrag auf das Strafmaaß, enthalten muß und gemäß §. 324 der Str.P.O. erst in der Hauptverhandlung die Anklage vom Ankläger zu begründen ist, sowie überhaupt die thatsächlichen Anführungen der Anklage noch im Laufe des Verfahrens berichtigt und ergänzt werden können, so darf zufolge des dritten oben aufgestellten Grundsatzes die Hauptverhandlung mit Zuzug von Schöffen schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht ohne Zustimmung des Privatanklägers umgangen werden.

Die bisher aufgestellten Grundsätze sind aber auch in dem 21. Titel der Str.P.O., welcher von der Privatanklage handelt, in einer Weise gesetzlich sanktionirt worden, daß selbst mit Zustimmung des Angeklagten und des Anklägers in Privatanklagesachen die öffentliche Hauptverhandlung mit Zuzug von Schöffen in keinem Falle umgangen werden kann.

Schon der §. 317 der Str.P.O. bestimmt, daß die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens auch in Fällen der Privatanklage Anwendung finden, sofern nicht die folgenden §§. 318—328 ein Anderes bestimmen.

In §. 322 Abs. 1 und 2 ist aber ausdrücklich bestimmt, daß in Privatanklagesachen, wenn einmal die Einleitung des Strafverfahrens beschlossen ist, immer eine Hauptverhandlung anzuordnen sei, wobei es nur dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, zu bestimmen, ob vorerst eine Voruntersuchung einzuleiten oder sogleich die Hauptverhandlung anzuordnen sei.

Demnach und nach den übrigen Bestimmungen des 21. Titels, worin nirgends eine Ausnahme von der in §. 322 aufgestellten Regel festgesetzt wurde, und da Ausnahmen überhaupt nicht analog angewendet werden dürfen, ist es klar, daß in Privatanklagesachen der Richter nur von Einleitung einer Voruntersuchung, nicht aber auch von Anordnung einer Hauptverhandlung nach Maaßgabe des §. 304 der Str.P.O. Umgang nehmen kann, und daß durch die Verletzung dieser Vorschrift eine Nichtigkeit des Verfahrens nach Ansicht des §. 373 Ziff. 1 und 3 und §. 376 der Str.P.O. begründet wird. —

Schließlich mag noch erwähnt werden, daß das großh. Kreisgericht Baden zwar in den oben zuerst erwähnten, der Anklage zu Grunde gelegten, Aeußerungen — nach Ansicht von Dr. Puchelt, Strafgesetzbuch zu §. 291 ff. — den Thatbestand der Ehrenkränkung ebenfalls nicht finden konnte, wohl aber in dem Ausdruck „Schmutzbrief," welcher nach herrschender Volksmeinung

Digitized by Google

als Beschimpfung gelte und zwar schon der Form nach an und für sich.(?) Das erstinstanzliche Urtheil wurde daher dahin abgeändert, daß der Angeklagte der Ehrenkränkung des Anklägers für schuldig erklärt und deßhalb mit einem gerichtlichen Verweis bestraft wurde.

Ferdinand Beck,
Referendär in Baden.

127.

Die L.R.S. 827. 1686 finden auf untheilbare gemeinschaftliche Zugehörden getheilter Häuser keine Anwendung.

In Sachen
des Gottlieb Bauer II. von Eisingen, Klägers, Appellaten, Oberappellanten
gegen
Johann Gottfried Mayer, Wagner von da, in seinem eigenen und seines minderjährigen Sohnes Namen, Beklagte, Appellanten, Oberappellaten,
Theilung, beziehungsweise Versteigerung eines gemeinschaftlichen Hauses betr.,

wurde in 2. und 3. Instanz die Einrede des Beklagten als erwiesen angenommen, daß eine Realabtheilung des früher bestandenen Ganzen der Liegenschaften bereits stattgefunden habe *), trotz des unbestrittenen Thatumstands, daß einzelne Bestandtheile des ganzen Anwesens — wie der Vorplatz, Hausgang, Küche, Abtritt, Treppe und Scheuertenne — noch in Gemeinschaft beider Theile sich befinden.

In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 29. März 1867 ist in dieser Beziehung ausgeführt:

„Es sind dies keine für sich bestehende und brauchbare Objecte, sondern — die Brauchbarkeit der Gebäude als Hauptsache vermittelnde — Zugehörden und Bestandtheile dieser Gebäude, deren Theilung in gleiche Hälften nach dem — vom Kläger selbst hervorgerufenen — Gutachten eines Sachverständigen, wenn auch thatsächlich möglich, doch nur in einer Weise erreichbar wäre, wodurch die bisherige, dem Zwecke der Gebäude entsprechende Benutzungsart jener Zugehörden aufgehoben, und selbst die den Partieen eigenthümlich gehörigen Hauptbestandtheile in ihrem Werthe verringert, oder ihre gehörige Benützung unmöglich gemacht würde.

Es besteht hiernach bezüglich dieser vermittelnden Bestandtheile des gegenseitigen Alleineigenthums eine in ihrer besondern Beschaffenheit und Natur begründete Untheilbarkeit, die eben deßhalb und im Geiste des Gesetzes, als Ausnahme von der Regel der Theilbarkeit, nicht gehoben werden kann. So wenig dies geschehen darf und kann durch wirkliche Theilung, so wenig darf es im Wege der Versteigerung geschehen: denn als Steigerungsobject für sich allein sind jene Bestandtheile für jeden Dritten werthlos und durch deren Erwerb durch einen Dritten oder durch Eine der Partieen die eigenthümlichen Haustheile selbst für beide Theile oder für die Partie, welchen Stiege, Küche, Eingang ꝛc. entzogen wird, unbrauchbar gemacht, — wogegen eine Versteigerung jener gemeinschaftlichen Bestandtheile mit den eigenthümlichen Haustheilen ein Eingriff in das Alleineigenthum, eine Ueberschreitung des Gesetzes wäre, das nur Theilung des Miteigenthums, wo sie möglich ist, oder Versteigerung als Mittel zur Erreichung der Aufhebung des Miteigenthums gestattet.

Vergl. oberhofgerichtliche Entscheidung in Annalen XXXI. S. 61 ff. und die dort angeführten Autoritäten. Red.

*) S. Annalen 1866 Ziff. 90 S. 199 ff.

128.

Wahrnehmungen aus der Praxis.

Zusammentreffen von in- und ausländischen Strafurtheilen im Falle des §. 179 des Str.G.B.

Helena Knorr von Oberfiggingen, Amts Ueberlingen, verübte gegen Ende des Jahres 1865 im Kreise Waldshut einen dritten gemeinen Diebstahl und eine (Privat-) Urkundenfälschung, zusammen im Betrag von 115 fl., und zugleich im 4. Rückfall. Sofort machte sie sich flüchtig, und beging nun in Zürich einen Betrug im Betrage von etwa 40 fl., weßwegen das Bezirksgericht daselbst im April v. J. eine Strafe von 3 Jahren „Gefängniß“ gegen sie erkannte, wovon jedoch schon im Urtheil die Hälfte (freilich die zweite!) in Cantonsverweisung auf gleiche Dauer, also 1½ Jahre, „verwandelt“ wurde. Im Februar l. J. fand bei dem Kreisgerichte

Digitized by Google

Waldshut Hauptverhandlung gegen die Knorr, wegen der ihr zur Last liegenden Fälschung und Entwendung, statt, und wurde die Angeklagte zu diesem Behufe von der ausländischen Strafanstalt vorbehaltlich sofortiger Rücksendung abgegeben. Zu dieser Zeit hatte sie 18 Monate ihrer in Zürich verwirkten Gefängnißstrafe verbüßt und also noch 8 Monate zu gut, worauf die 18monatliche Cantonsverweisung folgen wird. Von der Strafkammer wurde die Angeklagte für schuldig erklärt und es entstund nun die Frage, ob nicht die Bestimmung des §. 179 des Str.G.B. hier anschlage, welche Frage, beiläufig bemerkt, durch einfache Stimmenmehrheit zu entscheiden war — §. 298 der Str.P.O. Die Staatsbehörde hatte auf eine mehrjährige Arbeitshausstrafe angetragen und in der Strafkammer war man einig, daß mindestens zwei Jahre dieser Strafart verwirkt wären, wenn der Fall für sich allein in Betracht käme. Indessen die Mehrheit entschied sich dafür, in Anwendung des §. 179 auf 1 Jahr Arbeitshaus und 50 fl. Geldstrafe „als Zusatz zu der von dem Bezirksgerichte Zürich früher ausgesprochenen Strafe“ zu erkennen. Uns scheint diese Entscheidung bedenklich zu sein. Ohne Zweifel sind die von der Angeklagten zuerst im Inland verübten Verbrechen der Fälschung und des Diebstahls mit ihrer oben angegebenen Qualifikation ungleich schwerer, als der nachgefolgte, aber zuerst bestrafte, Betrug, und wir dürfen auch ohne Weiteres, und ohne daß wir das Züricher System der Strafübel zu untersuchen brauchen, annehmen, daß die auf die ersteren Verbrechen fallende mindestens zweijährige badische Arbeitshausstrafe schon in Ansehung der Zeitdauer höher ist, als die wegen des Betrugs über die Knorr verhängte Züricher'sche Gefängnißstrafe, die wir nur zu 1½ Jahren rechnen können (denn die „Verwandlung“ von weiteren 1½ Jahren in Cantonsverweisung stellt sich nach unseren Begriffen nicht als eine solche, sondern vielmehr lediglich als ein Abstrich in der anfänglich erkannten Strafe dar; Cantonsverweisung, d. h. Landesverweisung ist keine Strafe, sondern eine Folge der Verurtheilung, eine sicherheitspolizeiliche Maaßregel). So wenig es aber angeht, in einem Falle des §. 179 die in dem späteren Urtheil auszusprechende schwerere Strafart in die früher erkannte leichtere verwandeln zu wollen (weil etwa die umgekehrte Manipulation unthunlich ist, z. B. wenn, wie hier, das Ausland sich um das, was bei uns geschieht, nichts bekümmert!), ebenso unvereinbarlich ist es mit dem Grund und Zwecke der im §. 170 u. ff. gegebenen Bestimmungen, wenn man mit Rücksicht auf eine früher erkannte und noch in der Vollstreckung begriffene Bestrafung eines Angeklagten die später verwirkte Strafe niederer greifen, also aus der Bestimmung des §. 179 einen **Milderungsgrund** machen wollte, während doch dadurch nur die „in dem Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen liegende intensive Verschärfung“ (vergl. Thilo, Anm. S. 185) verhütet werden sollte. Dieses Letztere geschieht, wenn man nach §. 170 ff. verfährt, und das war freilich in unserem Falle nicht möglich. Darum blieb aber nichts übrig als es bei den beiderlei, dem Verschulden und dem Gesetze gemäß ausgesprochenen und auszusprechenden Strafen bewenden zu lassen, und man hatte eben kein Mittel, die hierin liegende „intensive Verschärfung“ zu beseitigen. Die Verbrecherin wäre dann wohl schlimmer daran gewesen, als unter günstigeren Umständen, die das mildere Gesetz anzuwenden gestattet hätten; aber immerhin traf sie doch kein äußerlich schwereres Maaß von Strafe, als sie verschuldet hatte. Indem man aber verfuhr, wie wir erzählt haben, so kam sie viel besser weg, als das Gesetz wollte, intensiv und extensiv: man milderte die gesetzliche Strafe, und verstieß gerade damit gegen das Gesetz. — Ueberhaupt wird man sich aber bei einem derartigen Zusammentreffen von in- und ausländischen Strafurtheilen zu fragen haben, ob es denn auch nur einen Maaßstab zur Vergleichung der verschiedenartigen Strafübel gebe, ob man einen Gradmesser für die Höhe des zu findenden „Zusatzes“ habe, wenn man, daß wir so sagen, den „Satz“ selbst nicht genau bestimmen kann? Wenn man Strafen vor sich hat, die nach verschiedenen Systemen erkannt und vollzogen werden, so kann wohl ein annäherndes Verhältniß derselben herausgefunden, es kann aber nicht mit der erforderlichen Genauigkeit eine Nebeneinanderstellung vorgenommen werden, um, — da natürlich der auswärtige Richter sich um unsere Sorge nichts annimmt! — die von uns auszusprechende Strafe nur in Gestalt eines Zusatzes zu der früher auswärts ausgesprochenen zu erkennen. Uebrigens und endlich ist bei den §§. 170 u. ff. bis 179 gar nicht von einem solchen „Zusatze“ die Rede, sondern von einem **Zusammenfassen der verschiedenen Strafen zu einer einzigen** mittelst der dort angezeigten Art und Weise, und wo letztere nicht Platz greifen, wo man die spätere Strafe nicht in Gestalt einer Er-

Digitized by Google

höhung der früheren oder einer Verwandlung beider vollziehen kann, da müssen eben beide für sich, wie erkannt, so auch vollstreckt werden.

Eisen.

129.

Rechtskraft.

Eine angebliche Zusage, welche als zur Begründung einer Widerklage nicht geeignet erklärt worden ist, kann nach eingetretener Rechtskraft jenes Urtheils auch zur Begründung einer Einrede nicht mehr zugelassen werden. L.R.S. 1351.

Vergl. Annalen XXIV. S. 57.
XXVIII. S. 33.

In Sachen
des Bierbrauers Ludwig Stark von Mannheim, Klägers, Widerbeklagten, Appellaten, Oberappellaten
gegen
die Actienbrauerei zum Bockkeller daselbst, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Oberappellantin,
Forderung betreffend,

hatten die Beklagten ihre Beschwerde darein gesetzt, daß ihre in zweiter Instanz vorgeschützte Einrede — wornach Kläger vor dem Kaufabschluß ihrem Vertreter Advokat Gollien versichert habe, daß die Temperatur der Kellerräume auf höchstens 5—6° steige, wornach aber diese in Wirklichkeit eine höhere, und das gekaufte Anwesen deßhalb mindestens 7500 fl. weniger werth sei, nicht zum Beweis ausgesetzt, sondern als unzulässig verworfen worden sei. —

Das großh. Oberhofgericht erklärte diese Beschwerde in den Entscheidungsgründen zu seinem Urtheil vom 17. October 1867 für unbegründet, „und zwar schon deßhalb, weil die fragliche Einrede durch die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache elidirt ist. Hatte nämlich die Beklagte in erster Instanz auf Grund der Behauptung, daß sich die vom Kläger hinsichtlich der niederen Temperatur der Kellerräume gegebene Versicherung nicht bewährt habe, eine Auflösung des Kaufvertrags im Wege der Widerklage begehrt, wurde aber Letztere rechtskräftig deßhalb abgewiesen, weil jene angebliche, im Kaufvertrag nicht beurkundete Zusage nur als eine alles Gewichts entbehrende Anpreisung des Kaufobjekts anzusehen sei, und weil die Beklagte die Folgen davon zu tragen habe, wenn sie die Keller nicht vor dem Kaufabschluß durch Sachverständige habe untersuchen lassen, so muß auch die Einrede, womit jetzt auf Grund der nämlichen Versicherung des Klägers eine Entschädigung von ihm beansprucht wird, als verwerflich erscheinen. Denn wenn nach den Gründen, die zur Abweisung der Widerklage führten, und die als ein Element des Urtheils mit Letzterm in Rechtskraft übergingen, unter den Parteien feststeht, daß die angebliche Versicherung des Klägers hinsichtlich der Kellertemperatur nur eine unerhebliche, ihn rechtlich nicht verpflichtende Erklärung war, so kann dieselbe auch nicht geeignet sein, eine Einrede gegen seine Klage abzugeben."

Red.

130.

Literaturbericht.

In die Reihe der Bearbeiter unseres Landrechts ist auch Herr Anwalt Max Ruef in Freiburg eingetreten, welcher dasselbe mit, ursprünglich zum Privatgebrauch bestimmten Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln des Legaltexts der Oeffentlichkeit übergibt. Die erste Lieferung des im Verlag der Fr. Wagner'schen Buchhandlung in Freiburg i. B. erscheinenden Werkes enthält die L.R.S. 1 bis 710 e. a.

Die Bemerkungen des Herrn Verfassers enthalten Paralellstellen, die Bezeichnung einschlagender Stellen des röm. Rechts, Hinweisungen auf die älteren und neuen Gesetze und Verordnungen, ferner Literatur-Citate mit kurzer Angabe des Inhalts, auch sind den einzelnen Titeln und Kapiteln einleitende allgemeine Erörterungen vorangestellt.

Auch diese Ausgabe des Landrechts wird dem Bedürfniß des praktischen Juristen, auf welches sie berechnet ist, entsprechen, und die richtige Anwendung des Gesetzes erleichtern.

Red.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. **Band XXXIII.** **No. 42.**

131.

Zur Strafrechtspflege.

XV.

1) Ist der Absatz 3 des §. 425 der Str.P.O., die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften der §§. 170—179 des Str.G.B. auf die in Folge von Privatanklagen erkannten Strafen betreffend, als allgemeiner Grundsatz auch für die Fälle des §. 170 (zusammen abzuurtheilende Verbrechen) entscheidend?

2) Zur Auslegung des §. 376 der Str.P.O. Er findet auch auf Privatanklagen des Staatsanwalts und zu Gunsten des blos theilweise Unterlegenen Anwendung. Str.P.O. §. 328.

Der letzte Absatz des §. 425 der Str.Pr.O., unzweifelhaft dazu bestimmt, eine frühere Streitfrage zu entscheiden, hat bereits, weil er nach Stellung und Ausdruck einer mehr oder weniger beschränkten Auffassung Spielraum läßt, zur Wiedererneuerung der Streitfrage in etwas veränderter Gestalt Anlaß geboten. Auch hier wiederholt sich die noch jüngst wahrgenommene Erscheinung [1]), daß ältere Streitfragen auch bei geändertem Rechte, ungeachtet der vom Gesetzgeber getroffenen Vorsorge, wieder Eingang zu gewinnen drohen.

Es erhob sich nämlich die Frage: ob auch dann, wenn ein im gewöhnlichen Wege zu verfolgendes und ein im Wege der Privatanklage zu erledigendes Vergehen als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils zusammentreffen, die Vorschrift der §§. 170 und 171 des Str.G.B. Anwendung findet, mithin statt auf die volle Strafe für jedes von beiden Vergehen nur auf die schwerste der verschuldeten Strafen mit angemessener Erhöhung zu erkennen ist?

Eine Strafkammer entschied diese Frage in einem Falle zusammentreffender Widersetzlichkeit gegen einen Polizeidiener und Ehrenkränkung eines Gendarmen im Dienste im bejahenden Sinne, indem sie die besondere Bestimmung des §. 425 Abs. 3 der Str.P.O. als nicht für einen solchen Fall gegeben und auf einem solchen nicht ausdehnbar betrachtete.

Man muß sich jedoch unseres Erachtens in richtiger Auffassung des Sinnes der Gesetzgebung für die Verneinung der Frage entscheiden und dem genannten Abs. 3 des §. 425 eine umfassendere Bedeutung einräumen.

Vergleicht man nämlich den Ursprung und Grund, sowie den Entwicklungsgang des hier in Betracht kommenden Theils unserer Strafgesetzgebung, so ergibt sich Folgendes:

Allerdings erscheint die Vorschrift der §§. 170. 171 des Str.G.B., womit die nachfolgenden §§. 173—179 in Verbindung stehen, an sich als eine allgemeine. Nach wiederholten Ausführungen in den Motiven zum Strafgesetzbuch [2]) beruht das darin angenommene System auf der Rücksicht, daß da wo mehrere Verbrechen derselben Person als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils zusammentreffen, ohne daß der Fall eines fortgesetzten Verbrechens oder einer sogen. idealen Concurrenz vorliegt, die Vollziehung der für sämmtliche Verbrechen verwirkten Freiheitsstrafen neben einander und ohne Unterbrechen ein intensiv wesentlich höheres Uebel begründen würde, als die Erstehung der Strafe zu verschiedenen Zeiten. Es soll deßhalb nach dem vom Gesetz angenommenen System, welches die unbillige Strenge des sog. Cumulationsgrundsatzes und die ungebührliche Milde des Absorptionsgrundsatzes [3])

[1]) Vrgl. Annalen Bd. 33 S. 145 (Beitrag XIII.).

[2]) Siehe die ersten Motive zum allgemeinen Theil des Entwurfs IV. Ziff. 8 und die Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zu §. 147—158 desselben. Die letzteren sind bei Thilo, Str.G.B. §. 170 Note 1 abgedruckt.

[3]) Der erstere Grundsatz (quot delicta, tot poenae) lag dem preußischen Strafgesetzbuch zu Grunde, obwohl nicht ohne Beschränkungen (§. 56. 57); der Letztere (poena major absorbet minorem) gilt im französischen Rechte (Code d'instruction crim. Art. 365. 379).

Die meisten deutschen Strafgesetzbücher, mit dem österreichi-

vermeidend, einen billigen Mittelweg einschlägt, auf die schwerste der verschuldeten Strafen mit angemessener Erhöhung ($^1/_2$ bis $^2/_3$ der weiteren Strafe) erkannt werden.

Schon im §. 67 der Gerichtsverfassung vom Jahre 1845 und in Uebereinstimmung damit im §. 109 des Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 5. Februar 1851 hatte die Gesetzgebung Vorsorge getroffen, daß auch in Fällen in denen der Angeschuldigte wegen mehrerer Verbrechen von verschiedenen Gerichten zu Freiheitsstrafen verurtheilt wurde, der fragliche Grundsatz wegen Abkürzung des Gesammtstrafbetrags zur Geltung und zum Vollzug komme, indem bestimmt wurde, daß das Gericht, das die höhere Strafe erkannte, diese durch Hinzurechnung eines Theils der, nöthigenfalls zu verwandelnden, geringeren Strafe erhöhen solle.

Am Schlusse der Regierungsmotive zur Gerichtsverfassung vom Jahre 1845 [4]) ist hiewegen u. A. bemerkt:

„Da nämlich nach dem Strafgesetzentwurfe die durch verschiedene Verbrechen verwirkten Freiheitsstrafen nicht zusammen gerechnet werden dürfen, sondern die höchste Strafe nur durch Hinzurechnen eines Theils der geringeren zu erhöhen ist, so können die von verschiedenen Gerichten erkannten Strafen auch nicht einzeln (ihrem vollem Umfang nach) vollzogen werden."

Eine solche Vorsorge war namentlich deßhalb nöthig, weil die Hofgerichte einzelne Vergehen an das Untergericht zurückweisen durften (§. 20 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, womit §§. 64—66 der Gerichtsverfassung von 1845 zu vergleichen ist) und weil die Schwurgerichte nicht über zusammentreffende, an sich nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörige Verbrechen zu entscheiden hatten.

Vergl. Commissionsbericht der II. Kam. von Trefurt über die Gesetzesvorlagen, die Einführung des Strafgesetzbuchs u. s. w. vom Jahre 1850 betreffend, zu §. 95. [5])

Eine gleichartige Vorsorge hinsichtlich solcher Verbrechen, die schon vor der Verurtheilung wegen des einen Verbrechens begangen wurden, aber erst nach derselben zur Abtheilung kommen, enthält auch schon der §. 179 des Str.G.B., welcher sich unmittelbar an die §§. 170. 171 u. ff. anschließt.

Alle diese Bestimmungen sind als Ausflüsse des nämlichen Hauptgrundsatzes anzuerkennen; die zuletzt erwähnten vorsorgenden Bestimmungeu sind nur als Anwendung des allgemeinen Grundsatzes auf die bezüglichen besonders hervorgehobenen Fälle aufzufassen. [6]) Sie ergeben sich schon aus dem deu gesetzlichen Vorschriften zu Grunde liegenden System, wonach die Vollziehung der verschiedenen Freiheitsstrafen neben einander und ohne Unterbrechung, mögen sie in dem nämlichen Urtheil oder in mehreren Urtheilen zu erkennen, beziehungsweise erkannt sein, als ein härteres Strafübel betrachtet wird und deßhalb eine verhältnißmäßige Kürzung der Gesammtstrafdauer eintreten soll.

Schon im älteren Rechte, vor dem Eintritt der neuen Strafprozeßordnung vom Jahre 1864, erhob sich nun Zweifel und Meinungsverschiedenheit darüber, ob die betreffenden Bestimmungen, zunächst allerdings die des §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, auch auf Privatanklagefälle im Zusammentreffen mit anderen Straffällen anwendbar erscheinen.

Vergl. Magazin für Rechtspflege Bd. 4 S. 75.
Annalen, Jahrg. 24 S. 267.

---

schen, haben, obwohl nicht in gleicher Weise, das mittlere System sich angeeignet, dem sich durch Gesetz vom 9. März 1853 auch Preußen genähert hat. Vrgl. hiezu Beener, Strafrecht §. 146.

[4]) Zu §. 83 des Entwurfs.

[5]) Wenn Teefnet dort bemerkt, die hier gegebene Vorschrift (§. 95, beziehungsweise §. 109) verstehe sich nue von dem Falle, wenn derselbe Angeschuldigte wegen mehrerer Verbrechen bei verschiedenen Gerichten gleichzeitig in Untersuchung stehe, so ist dieser Ausspruch, wie uns scheint, jedenfalls zu enge und etwas ungenau aufgefaßt. Von gleichzeitiger Untersuchung sagt das Gesetz gar nichts. Im Uebrigen ist der Schluß der folgenden Note zu vergleichen.

[6]) Man vergleiche hierwegen die oben angegebene Stelle aus den Motiven zur Gerichtsverfassung von 1845 und die nachfolgende Note.

Eine solche Auffassung der erwähnten Voeschriften in ihrem nothwendigen Zusammenhang und nach dem gesetzgeberischen Grundgedanken, worauf sie insgesammt abzuleiten sind, scheint uns für das richtige Verständniß des Gesetzes höchst wichtig. Ohne solche gelangt man leicht zu Auslegungsergebnissen, welche mit dem Geist des Gesetzes in auffallendem Widerspruch stehen, wie die Erfahrung gezeigt hat. Dahin gehört unseres Erachtens z. B. dee frühee (in Annal. Bd. 25 S. 237) duich arg. e contraria aus §. 109 des Gesetzes von 1851 und §. 165 des Str.G.B. abgeleitete Satz, daß dann, wenn von demselben Gerichte mehreee Urtheile ergehen, welche auf Feeiheitsstrafen der gleichen Art erkennen, eine Zusammenrechnung in der Regel nicht stattfinde.

Vergl. die klare und richtige Darstellung des betreffenden Systems in Jagemann's Criminallerikon unter dem Artikel „Zusammenrechnung von Strafen" S. 713.

Digitized by Google

Das Oberhofgericht erklärte sich damals, nach dem früheren Stand der Gesetzgebung, für die Anwendbarkeit, indem es davon ausging, daß das Gesetz in dieser Beziehung keinen Unterschied mache, jene Bestimmungen daher auch bei Privatanklagesachen (Ehrenkränkungssachen), die sich, abgesehen von wenigen besonderen Vorschriften, nach den allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen richten, in Anwendung kommen müssen. [7])

Im Absatz 3 des §. 425 der Strafprozeßordnung vom Jahr 1864, welcher in seinen ersten Absätzen ganz dem mehrerwähnten §. 109 des Gesetzes vom Jahr 1851 nachgebildet ist, nur daß er im Anfang allgemeiner und sachgemäßer von verschiedenen Erkenntnissen, statt von verschiedenen Gerichten spricht [8]), ist nun aber die Streitfrage ausdrücklich entschieden und zwar im entgegengesetzten Sinne, dahin, daß auf Privatanklagesachen jene Bestimmungen keine Anwendung finden.

Bleibt man bei einer rein buchstäblichen Auffassung des betreffenden Ausspruchs stehen, so kann man freilich zu dem Ergebniß gelangen, daß die darin enthaltene Entscheidung nur auf Strafen, welche in Folge einer Privatanklage erkannt worden sind, zu beziehen und streng auf den im ersten Absatz des §. 425 zunächst bezeichneten besonderen Fall zu beschränken sei. Man kann sich, zum Theil im Anschluß an die Gründe der früheren oberhofgerichtlichen Entscheidung, darauf berufen, daß das Gesetz im Uebrigen, abgesehen von jenem besonderen Falle, keine Ausnahme für Privatanklagesachen festgesetzt habe, daß strafgesetzliche Bestimmungen nicht zum Nachtheil des Angeschuldigten auszudehnen seien, sowie daß auch nach §. 317 der Str.P.O. die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens, sofern nicht die §§. 318—328 ein Anderes bestimmen, bei Privatklagen ebenfalls Anwendung finden. Man kann ferner geltend machen, daß der milde Grundsatz des Gesetzes bezüglich der Bestrafung zusammentreffender Verbrechen auch auf Privatanklagefälle passe, daß die Schlußbestimmung des §. 425 dadurch zu erklären sei, daß hier der Privatankläger schon ein Urtheil und ein urtheilsmäßiges Recht auf volle Bestrafung erlangt habe, und endlich, daß die Strafprozeßordnung auch gar nicht der Ort sei, worin wichtige Aenderungen des Strafgesetzbuchs zu suchen seien. Alle diese Gründe wurden im angeführten Rechtsfalle von verschiedenen Seiten benützt.

Gleichwohl gebührt unseres Erachtens der Ansicht, daß der Schlußsatz des §. 425 der Str.P.O. die Streitfrage allgemein entscheidet, den Vorzug.

Die obige beschränkende Auffassung würde dem wahren Sinne des Gesetzes nicht entsprechen.

Auch in Strafsachen ist der Richter berechtigt und verpflichtet, den wahren Sinn des Gesetzes im Wege gesetzlicher Auslegung nach den anerkannten, auf allgemeinen Gründen beruhenden Regeln zu erforschen; der Satz, daß eine ausdehnende Auslegung in Strafsachen ganz ausgeschlossen sei, ist längst als ein unrichtiger erkannt worden [9]), selbst die Benützung der Analogie in Strafsachen ist keineswegs als schlechthin in jeder Richtung unzulässig zu betrachten, wenn gleich eine Vervielfältigung der Verbrechen mit Hilfe der Analogie (Gesetzes- oder Rechtsanalogie) nach der Regel, „Keine Strafe ohne ein strafdrohendes Gesetz“ (nulla poena sine lege, Str.G.B. §. 1) nicht Statt findet und in Fällen nicht zu beseitigenden Zweifels die mildere Ansicht vorzuziehen ist (in dubio in mitius).

> Vergl. die Bemerkungen zu §. 1 des Str.G.B. in den Regierungsmotiven und den Commissionsberichten beider Kammern, auch Thilo, Str.G.B. §. 1 Note 1. 3—5.
>
> Berner, Lehrbuch des Strafrechts §. 136, besonders auch Note 4 auf S. 224.

---

[7]) Dabei hat übrigens das Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen nicht verkannt, vielmehr ausdrücklich hervorgehoben, daß der §. 109 des Gesetzes vom Jahr 1851 nur die Anwendung der (allgemeinen) Bestimmungen der §§. 179 und 165 des Str.G.B. auf einen besonderen Fall enthalte.

[8]) Diese Aenderung der Fassung ist im Rückblick auf früher vorgekommene Zweifel und Mißverständnisse (vrgl. Note 5 und besonders 6 oben) nicht als bedeutungslos anzusehen, obwohl im nämlichen Absatz doch wieder von dem Vorlegen an das Gericht, welches die höhere Strafe erkannte, die Rede ist. Ist das Gericht zufällig das nämliche, so geschieht die Vorlegung selbstverständlich von ihm selbst an sich selbst, und es ist auch hier im Sinne des allgemeinen Systems nach Ste.G.B. §. 170 ff. zu verfahren. Dieses hätte unseres Erachtens niemals verkannt werden sollen.

[9]) Auch schon von Thibaut, logische Auslegung §. 21. Hiemit ist aber Vangerow's Lehrbuch der Pandekten, §. 24 (Anmerkung), Ziff. 3. a. und e., Ziff. 4 und §. 24 Ziff. 1 zu vergleichen.

Von der ausdehnenden Auslegung ist die Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde zu unterscheiden. Bei der Ersteren wird das was der Gesetzgeber gedacht hat, (dessen Absicht) ermittelt, und sein ausgedehnteeer Umfang dargelegt, bei der Letzteren wird das, woran er nicht gedacht hat, im Wege der Analogie ergänzt.

Digitized by Google

Köstlin, System des Strafrechts, allgemeiner Theil §. 25.

Diesen Grundsätzen hat das Oberhofgericht schon in so manchen Fällen durch seine Entscheidungen anerkannt, wie z. B. bei der Frage, inwiefern der dritte Diebstahl als ein besonderes Vergehen anzusehen ist und bei der Frage, ob gegen Ausländer wegen dritten Diebstahls stets Landesverweisung zu erkennen ist. [10])

Nach dem wahren Sinne des Gesetzes ist der Schlußsatz des §. 425 der Str.P.O. als eine zur Abschneidung der früheren Streitfrage dienende Entscheidung zu betrachten, die im Strafprozeßgesetz an einer hinzu geeigneten Stelle angefügt wurde. Eine solche Stelle bot gerade der §. 425, und vorzugsweise nur dieser dar, weil darin ein Fall der Anwendung der §. 170—179 des Str.G.B. behandelt ist, während von diesen strafrechtlichen Bestimmungen in der Strafprozeßordnung sonst nicht die Rede ist.

Die Strafprozeßordnung enthält auch an anderen Orten, z. B. in §. 320. 327, Bestimmungen, die sich auf das Strafgesetzbuch beziehen, theils ergänzende, theils erläuternde [11]); nicht wenige Sätze des Landrechts und seines Anhangs sind in der bürgerlichen Prozeßordnung aufgehoben oder abgeändert worden. Aehnliches zeigt sich auch in anderen Gesetzen; man benützt gerne die Gelegenheit zur Einführung einzelner Verbesserungen in größeren Gesetzen oder Gesetzbüchern, deren durchgreifende Umarbeitung nicht sobald zu erwarten steht. In unserem Falle handelt es sich aber nur um die Entscheidung einer früheren Streitfrage, wie auch Amann in der Note zu §. 425 der Str.P.O. andeutet, eine Entscheidung, deren nicht schwer zu erkennenden Grund darin zu finden ist, daß nach der Anschauung der Gesetzgebung und nach dem jetzigen Stand derselben die im Wege der Privatanklage zu verfolgenden Vergehen (welche überhaupt meist nur kürzere und fast niemals sehr lange Gefängnißstrafen nach sich ziehen), nach Maaßgabe des besonderen Titels 21 der jetzigen Strafprozeßordnung in so manchen Beziehungen, und zwar jetzt noch mehr als früher [12]), in eigenthümlicher Weise zu erledigen sind, und daß namentlich in solchen Sachen nicht allein hinsichtlich des Vollzugs der erkannten Strafe (§. 327), sondern auch schon im Laufe des Verfahrens, selbst schon hinsichtlich der Einleitung und Ausdehnung des Verfahrens, besonders aber auch hinsichtlich der Zurücknahme der Anklage, sowie in mancher anderen Hinsicht die Willkühr des Privatanklägers entscheidet.

Auch in Bezug auf Art und Maaß der verlangten Sühne kommt sein Privatinteresse wesentlich in Betracht. Str.P.O. §. 318 Abs. 2, §. 327 Abs. 1.

Dieser klar erkennbare Grund des Gesetzes paßt ebensowohl auf Strafen, die erst zu erkennen sind, als auf solche, die schon erkannt sind. Ein genügender Grund diese anders zu behandeln als jene ist in Wahrheit überall nicht vorhanden, vielmehr würde die Annahme einer solchen Unterscheidung zu einer grundsatzwidrigen Verschiedenheit des Systems führen. Es würde sich praktisch hiebei die seltsame Folge ergeben, daß wenn der Privatankläger durch Zufall oder mit Absicht die fragliche Privatanklage gesondert, beziehungsweise nach Wahl gemäß Str.P.O. §. 12, bei einem anderen Gerichte anstellen würde [13]), die Strafe von Rechtswegen eine andere sein würde, als im Falle der gemeinschaftlichen Aburtheilung mit dem anderen Vergehen, nämlich im ersten Falle gemäß §. 425 Abs. 3 die volle Strafe, im anderen gemäß Str.G.B. §. 170 ff. die abgekürzte. Ja man müßte folgerichtig bei strenger Festhaltung des buchstäblichen Wortlautes auch in dem Falle des Str.G.B. §. 179, welcher sich auch auf getrennte Aburtheilung beider an sich zusammentreffender Vergehen bezieht, die Anwendung des §. 425 Abs. 3 der Str.P.O. ausschließen.

Solches lag aber, wie man annehmen darf, sicher nicht im Sinne des Gesetzes. Dies wird auch durch die Be-

[10]) In bezüglichen Fällen wurde in den Gründen hervorgehoben, daß auch im Strafrecht nicht der dürre Wortlaut einer einzelnen Partikel des Gesetzes für die Entscheidung maaßgebend ist, sondern das Gesetz mit Rücksicht auf alle einschlägigen Bestimmungen und den hierin kund gegebenen Willen des Gesetzgebers nach seinem Geiste zur Anwendung zu bringen ist.

Annalen Jahrg. 31 S. 255.

[11]) Der §. 327 insbesondere entscheidet zwei frühere Streitfragen. Amann, Note 1 und 2 zu Str.P.O. §. 327.

[12]) Vrgl. die frühere Strafprozeßordnung §. 332. 338. Zentner im Magazin Bd. 4 S. 247.

[13]) Es ließe sich etwa auch wohl die Frage aufwerfen, ob die Erledigung von Privatanklagen mit der Verfolgung anderer Vergehen im nämlichen Verfahren überhaupt dem Sinne des Gesetzes und der Zweckmäßigkeit entspricht? Vrgl. Str.P.O. §. 11. 12. 16. Jedenfalls kann eine gesonderte Erledigung Statt finden und der Privatankläger kann solche herbeiführen.

Digitized by Google

merkung von Amann in der Note 1 zu §. 201 der Str.P.O. bestätigt, was insofern von besonderer Bedeutung erscheint, als der fragliche §. 425 sich ganz in seiner jetzigen Fassung (als §. 424) schon in dem von Amann selbst bearbeiteten ersten Entwurf der Str.P.O. vom Jahr 1862 vorfindet.[14])

Hiernach rechtfertigt sich die bisher dargelegte Auffassung des Schlußsatzes des §. 425 der Str.P.O.

In diesem Sinne entschied auch das Oberhofgericht am 25. Juli d. J. in der angeführten Anklagesache gegen Wilhelm Schaller von Hechingen wegen Widersetzlichkeit und Ehrenkränkung. (Eine Minderheit erklärte sich für die entgegengesetzte Ansicht.)

Zur Auslegung des §. 376 der Str.P.O.

In der nämlichen Sache kam in Bezug auf die Zulassung der vom Staatsanwalt erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde auch die Anwendung und Auslegung des §. 376 der Str.P.O. in Vergleichung mit §. 375 Ziff. 2 und §. 373 Ziff. 7 in Frage.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Staatsanwalts berührte nämlich blos die Ehrenkränkungssache, in welcher er gemäß Str.G.B. §. 317 an der Stelle des Beleidigten die Privatanklage erhoben hatte.

Bei Ergreifung des Rechtsmittels hatte sich derselbe zunächst auf §. 375 in Verbindung mit §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. bezogen. Der Vertheidiger beanstandete daher die Zuläßigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, da hier ein Fall der Privatanklage vorliege, somit nicht §. 375, sondern §. 376 Maaß gebe.

Letzteres wurde vom Oberhofgericht gemäß §. 328, im Einklang mit Amann, Note 5 zu §. 375 der Str.P.O., als richtig, das Rechtsmittel jedoch, gegen die Ausführung der Vertheidigung nach der von der Staatsanwaltschaft weiter angerufenen §. 376 gleichwohl als zuläßig erkannt, indem angenommen wurde, daß nicht allein dem in der Hauptsache völlig unterlegenen, sondern auch dem nur theilweise unterlegenen Privatankläger (insoweit gegen seinen Antrag zum Vortheil des Angeklagten entschieden wurde, und nicht etwa blos die Strafmessung innerhalb der gesetzlichen Grenze in Frage steht, §. 373 Schlußsatz), das Anfechtungsrecht im Sinne des Gesetzes zukommt, im vorliegenden Falle aber der als gesetzlich maaßgebend angenommene Strafsatz selbst, beziehungsweise ein diesen bestimmender gesetzlicher Grundsatz, keineswegs die bloße Ausmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens den Grund der Beschwerde bildet.[15])

E. Brauer.

[14]) Vrgl. auch Puchelt, Strafgesetzbuch §. 170 Note 3 und §. 165 Note 3. 5.

[15]) In den Entscheidungsgründen der Strafkammer war näher dargelegt, daß nach den festgestellten Umständen 14 Tage Gefängniß für die Ehrenkränkung zu erkennen wären, in Anwendung der §§. 170 und 171 des Str.G.B. aber nur 8 Tage (eine Woche) erkannt werden könnten.

132.

Der Product, welchem nach §. 399 freisteht, rechtzeitig den Antrag auf Beibringung einer Uebersetzung der vom Producenten vorgelegten Urkunde in fremder Sprache ins Deutsche zu verlangen, kann nach Unterlassung dieses Antrags die Beweisantretung wegen Mangels einer solchen Uebersetzung nicht als formlos beanstanden.

In Sachen

des Ludwig Wetzel von Kehl und des Johann Nerlinger von Straßburg, Kläger, Appellanten, Coappellaten, Adhäsen, Oberappellaten, Cooberappellanten,

gegen

Moriz Armbruster von Mösbach, Beklagten, Appellaten, Coappellanten, Adhärenten, Oberappellanten, Cooberappellaten,

Forderung und Rechnungsstellung betr.,

hatten die Kläger den ihnen auferlegten Beweis durch Vorlage der Ausfertigung zweier französischer Notariatsurkunden vom 11. Oktober 1855 angetreten, welche vom Beklagten ihrer Form nach als solche anerkannt sind.

Der Beklagte hat jedoch diese Beweisantretung um deßwillen als formlos beanstandet, weil diese Urkunden nur in der Ursprache und nicht zugleich auch in einer Uebersetzung in deutscher Sprache vorgelegt worden sind.

Allein diese Beanstandung wurde von großh. Oberhofgericht in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 21. Juni 1867 als unbegründet erklärt.

„Der §. 399 der Pr.O. macht die Beibringung einer

solchen Uebersetzung nicht zu einer cathegorischen Vorschrift, sondern stellt dieselbe einerseits in das Ermessen des Gerichtes und macht sie anderseits von einem Begehren der Gegenpartei abhängig. Der Gerichtshof nun, welchem zunächst der Beweis zu liefern war, und dem im Hinblick auf den Ursprung des badischen Civilgesetzbuchs die Kenntniß der französischen Sprache wohl zugetraut werden darf, sah sich ebendeßhalb nicht veranlaßt, dem Kläger eine Auflage zur Beibringung einer deutschen Uebersetzung jener Urkunden zugeben zu lassen. Was aber den Antrag des Anwalts des Beklagten vom 19. und präs. den 20. l. M. betrifft, so muß dieser als verspätet betrachtet werden. Die Beweisantretung des Klägers, womit jene Urkunden in Urschrift vorgelegt worden sind, ist dem Anwalt des Beklagten schon am 15. Mai l. J. zugestellt worden, er hatte daher hinreichende Zeit, falls er einer Uebersetzung der Urkunden bedurfte, ein hierauf gerichtetes Begehren rechtzeitig zu stellen, und er mußte dies nach §. 1020 Abs. 2 vergl. mit §. 1016 Abs. 3 mindestens 3 Tage vor der heutigen Tagfahrt thun, damit nicht, was gerade durch diese gesetzliche Vorschrift verhütet werden soll, eine Verlegung der Tagfahrt nothwendig und damit eine Verzögerung in der Erledigung des Prozesses herbeigeführt werde. Innerhalb dieser Frist ist aber jenes Begehren vom Beklagten nicht gestellt worden."

Red.

133.

Auslegung der Verordnung vom 24. Mai 1867 C.V.Bl. No. 12 S. 63. Die Erhebung gerichtlich erkannter Geldstrafen betreffend.

Bisher mußten die gerichtlich erkannten Geldstrafen in das Hauptkostenverzeichniß aufgenommen werden (Ammann, Str.P.O. S. 422), wurden dann mit diesem decretirt und nach Maaßgabe der landesherrlichen Verordnung vom 24. November 1860 Reggsbl. No. 60 im Vollstreckungswege beigetrieben. Dieses umständliche Verfahren veranlaßte stets einen unverhältnißmäßigen Aufwand von Zeit und Mühe, und war namentlich dann unzweckmäßig, wenn von vornherein gewiß war, daß der Verurtheilte keine Mittel zur Bezahlung der Geldstrafe besitze.

Besonders auffallend war dieser Uebelstand, wenn neben einer kurzen Freiheitsstrafe, Geldstrafe erkannt war, indem dann häufig nach Erstehung der Freiheitsstrafe die Sache noch nicht so weit gediehen war, daß die Verwandlung der Geldstrafe eintreten, oder die stellvertretende Strafe vollzogen werden konnte.

Diesen Mißständen wird nun durch die allegirte Verordnung in zweckmäßiger Weise abgeholfen, indem deren §. 1 gebietet, daß das erste Instanzgericht nach Eintritt der Vollziehbarkeit des Strafurtheils (§. 417 der Str.-P.O.) die betreffende Amtskasse von der Geldstrafe in Kenntniß setzt und zum sofortigen Einzug nach Maaßgabe der erwähnten landesherrlichen Verordnung veranlaßt. Bezüglich der Vollziehbarkeit ist nicht zu übersehen, daß der in der Verordnung angeführte §. 417 der Str.P.O. wegen Privatanklagesachen ausdrücklich auf §. 327 der Str.P.O. verweist, wornach Urtheile in solchen Sachen erst vier Wochen nach Eintritt der Rechtskraft von Amtswegen vollzogen werden, sofern nicht der Ankläger auf den Vollzug verzichtet, welcher Verzicht auch nach theilweisem Strafvollzug zulässig ist.

Wegen der Geldstrafen, welche dem Verletzten zufallen, schreibt der gedachte §. 1 nur vor, daß der Amtskasse der Bezugsberechtigte mitzutheilen sei. Da Str.P.O. §. 417 den §. 161 des Str.G.B. nicht ausdrücklich abändert, auch die Absicht einer Aenderung nirgends ersichtlich ist, mithin §. 161 des Str.G.B. als lex specialis neben der allgemeinen Bestimmung des §. 417 der Str.P.O. bestehen bleibt, so muß jene Vorschrift der Verordnung mit dem Gesetze in Einklang stehen.

Dies ist aber auch der Fall, denn §. 161 des Str.G.B. verlangt einen Vollzugsantrag des Verletzten nur für den Fall, wenn die Verwandlung der Geldstrafe wegen Unbeibringlichkeit nach Maaßgabe von Str.G.B. §. 159 Ziff. 2 stattfinden soll, so daß im Uebrigen der Strafvollzug nach den allgemeinen Bestimmungen geschieht.

In §. 2 Abs. 1 der mehrgedachten Verordnung wird sodann den Gerichten zur Pflicht gemacht, sich über rechtszeitige Beitreibung der Geldstrafen zu verlässigen und bei Erfolglosigkeit der Betreibung die Geldstrafe nach §. 159—164 des Str.G.B. zu verwandeln, ferner wird dort in Abs. 2 der bisherigen Praxis Ausdruck verliehen, daß, wenn die Unbringlichkeit schon bei Erlassung des Urtheils feststeht, die stellvertretende Strafe schon im Urtheil auszusprechen ist.

Digitized by Google

Da jedoch der Verurtheilte ein Recht auf Bezahlung der Geldstrafe, als der eigentlichen gesetzlichen Strafe hat, so ist die letztere Vorschrift so zu verstehen, daß diese Verwandlung nur fürsorglich neben dem Ausspruch der Geldstrafe geschehen soll.

Jolly, Bemerk. zu §. 8 des Pol.Str.G.B.

Macht dann der Angeklagte nicht innerhalb vierundzwanzig Stunden von dem Rechte Gebrauch, die gegen ihn erkannte Geldstrafe zu bezahlen, so kommt die stellvertretende Freiheitsstrafe zum Vollzug, und kann daher allerdings, wie die Verordnung vorschreibt, die Benachrichtigung von der Geldstrafe an die Amtskasse unterbleiben.

Vergl. Str.P.O. §. 417 und

Puchelt, Bem. 8 zu §. 162 des Str.G.B.

Obwohl jene Vorschrift in §. 2 Abs. 2 allgemein lautet, so darf sie doch nicht auf die dem Verletzten zufallenden Geldstrafen bezogen werden, da deren eventuelle Verwandlung wegen Unbeibringlichkeit im Urtheile nicht zuläßig ist, denn bei der obenerwähnten fortdauernden Gültigkeit des §. 161 des Str.G.B. darf bei solchen Geldstrafen die Verwandlung wegen Unbeibringlichkeit nur dann eintreten, wenn der Verletzte innerhalb vier Wochen, vom Tage der Rechtskraft des ihm verkündeten Urtheils an gerechnet, um dessen Vollziehung nachsucht.

Uebrigens rechtfertigt sich diese beschränkende Auslegung auch aus der Verordnung selbst, weil der erste Abs. des §. 2 auf Str.G.B. §§. 159—164 verweiset, also der zweite Abs. desselben auch nur im Sinne jener Gesetzesstellen gemeint sein kann.

Bedarf es auch nach dem Obigen zum Vollzuge der fraglichen Arten von Geldstrafen keines Antrages des Verletzten, so wird es immerhin zweckmäßig sein, einen solchen zu veranlassen, um späteren Weiterungen vorzubeugen.

Erfolgt kein Vollzugsantrag, so bleibt im Falle von Gewißheit der Unbeibringlichkeit der Geldstrafe die Sache einfach beruhen, weil dann die fragliche Mittheilung an die Amtskasse zwecklos wäre, während, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt, das gewöhnliche Betreibungsverfahren eintritt, aber nach dessen Erfolglosigkeit keine Verwandlung der Geldstrafe stattfinden darf.

Wird der Vollzugsantrag rechtzeitig gestellt, so muß auch bei voraussichtlicher Unbeibringlichkeit das Betreibungsverfahren durchgeführt und von dessen Ergebniß dem Verletzten Nachricht gegeben werden, welcher — von Empfang der Nachricht an — eine Frist von vier Wochen hat, um die Verwandlung der Geldstrafe zu beantragen.

Oberhofgericht in Annalen XXVII. S. 103.

Puchelt, Bem. 4 und 5 zu §. 161.

Eben dort ist ferner ausgesprochen, daß auch nach der Strafverwandlung der Verletzte auf deren Vollzug verzichten könne.

Bei allen wegen Unbeibringlichkeit der Geldstrafe ausgesprochenen stellvertretenden Strafen wird man im Hinblick auf Pol.Str.G.B. §. 9 den Verurtheilten das Recht nicht versagen können, auch nach Beginn des Vollzugs der stellvertretenden Freiheitsstrafe durch Bezahlung der Geldstrafe, oder des dem Reste der Strafzeit mathematisch entsprechenden (Jolly, Bem. zu §. 9 des Pol.-Str.G.B.) Theiles derselben, den weitern Vollzug der Freiheitsstrafe abzuwenden, weil die Verwandlung nur auf der Voraussetzung der Nichtbezahlung beruht und mit dieser Voraussetzung hinwegfällt.

Die übrigen Paragraphen der gedachten Verordnung betreffen die Anlegung eines Notabilienbuches, ferner den Ausschluß der Constatirgebühr, die Zulässigkeit der Hebgebühr und die Aufrechthaltung der bestehenden Verordnungen für polizeiliche Geldstrafen, Forstfrevelstrafen, Finanzvergehensstrafen, sowie Refractions- und Desertionsstrafen.

Dr. Puchelt.

134.

Anschwemmungen kommen dem Ufereigenthümer auch dann zu gut, wenn sie in Folge von Flußbauten entstanden sind. L.R.S. 556. 557.

In Sachen

der Gebrüder Aaron, Adolph und August Mannheimer von Kolmar, Kläger, Appellanten, Oberappellanten,

gegen

die Gemeinde Sasbach, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,

Eigenthumsansprüche betr.,

besagen die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 24. Juni 1867:

„Das Gelände A. und zwar derjenige Theil davon, welcher mit dem anerkannten Eigenthum der Kläger un-

Digitized by Google

mittelbar zusammenhängt, wird — wie schon aus dem mit der Klage vorgelegten Plan, insbesondere den darauf gezogenen Linien und dazu gegebenen Erläuterungen hervorgeht — von den Klägern für ein in den letzten Jahrzehnten durch Anschwemmung an ihr anerkanntes Eigenthum oder durch Verlandung entstandenes Terrain ausgegeben und auch von den einvernommenen Zeugen für ein solches erklärt. Das Eigenthumsrecht daran steht daher den Klägern nach L.R.S. 556 und 557 zu, und zwar gleichviel ob die Anschwemmung lediglich auf natürliche Weise oder auch in Folge der Rheinbauten entstand. (Aubry und Rau II. §. 203 S. 222 zu Note 8, Dalloz, Repert. Bd. 38 s. v. Propriété No. 496. 497. 498, Demolombe V. (X.) No. 65.

Red.

135.

Entscheidungen französischer Gerichte.

Art. 1384. Annalen X. Beiblatt S. 19.

1.

Ein Werkmeister haftet civilrechtlich für jedes Versehen seiner Arbeiter, und zwar sowohl derjenigen, die bei ihm im Taglohn, als auch derjenigen, die nach dem Stück arbeiten.

Diese Verantwortlichkeit besteht auch dann, wenn der durch das Verschulden eines Stückarbeiters Beschädigte ein von diesem selbst angestellter und bezahlter Gehilfe ist.

Der Gerichtshof zu Aix, welcher durch Urtheil vom 13. Mai v. J. die Gypsermeister Maille und Baillant für schuldig erklärte, dem Lehrjungen Charreton den durch einen Sturz vom Gerüste verursachten Schaden zu ersetzen, obschon Rouer, einer ihrer Stückarbeiter, bei dem Ch. angestellt war und von dem er auch bezahlt wurde, den Sturz durch einen Fehltritt verschuldet hatte, ging dabei von der Ansicht aus, der Beschädigte könne sowohl den physischen Urheber als den Werkmeister belangen, da es auf die Bedingungen, unter welchen Jemand an einem Bau arbeite, nicht ankomme, indem dem Baumeister jedenfalls die Direction und Ueberwachung des Ganzen zustehe.

In einem Urtheile des Gerichtshofs zu Paris vom 29. März 1862 wurden diese Grundsätze sogar auf einen Fall angewendet, in welchem der Baumeister einzelne Arbeiten in Ueberaccord begeben hatte, unter Vorbehalt jedoch des Rückgriffs auf den physischen Urheber.

Sirey 1866 II. S. 285.

2.

Geisteskranke Personen sind civilrechtlich nicht für den von ihnen verursachten Schaden haftbar.

Der Vater ist für den von seinem geistesgestörten, aber volljährigen, in seinem Hause sich aufhaltenden Kinde verursachten Schaden auch dann nicht verantwortlich, wenn er die Entmündigung dieses Kindes nicht veranlaßt hat.

In keinem Fall ist der Vater für beschädigende Handlungen haftbar, wenn das Kind selbst verheirathet, Haupt oder Glied einer andern Familie und daher seiner Gewalt entzogen ist, zumal wenn noch hergestellt ist, daß ihm der gefährliche Character der betreffenden Geisteskrankheit unbekannt gewesen.

Diese Sätze sind einem Urtheile des Cassationshofes vom 14. Mai v. J. zu Grunde gelegt.

Dagegen hat der Gerichtshof von Montpellier in einem Urtheil vom 31. Mai v. J. die civilrechtliche Verantwortlichkeit einer geistesgestörten Person angenommen, und die Erben des inzwischen verstorbenen geistesgestört gewesenen Tabariès verurtheilt, der Wittwe desselben den durch schwere Mißhandlung verursachten Schaden zu ersetzen.

Sirey 1866 I. S. 237, II. S. 259.

Der Vater ist für den von seinem minderjährigen Kinde verursachten Schaden nicht verantwortlich, wenn er den Beweis liefert, daß ihm wegen Abwesenheit die Abwendung des Schadens nicht möglich gewesen ist und er die nöthige Vorsicht in keiner Weise unterlassen habe.

Hat der Vater einem minderjährigen Kinde eine Waffe überlassen, deren sich dasselbe zu einer beschädigenden Handlung bediente, so liegt darin nicht unbedingt eine zur Entschädigung verpflichtende Sorglosigkeit, namentlich dann nicht, wenn das Kind der Volljährigkeit nahe steht.

Dagegen tritt die Entschädigungspflicht ein, wenn die beschädigende Handlung die Folge einer vernachlässigten Erziehung ist.

Sirey 1866 II. S. 277. (Schl. flgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 43.

(Schluß von Art. 135.)

3.

Art. 1589.

Das einseitige Versprechen einer Person für den Verkaufsfall eine Sache überlassen zu wollen, ist noch keine Verkaufszusage im Sinne des L.R.S. 1589, sondern wird erst durch die Annahme desselben verbindlich. Dasselbe überträgt daher auch keine gegen Dritte wirkende Rechte.

Wenn daher z. B. Jemand bei einer Versteigerung die Bedingung aufstellt, gewisse Güter, die er sich vorbehielt, nur an den Steigerer des ersten Looses verkaufen oder verpachten zu wollen, so hat der Käufer des ersten Looses das Recht erworben, von jener Bedingung Gebrauch machen zu können, ohne seinerseits eine Verpflichtung übernommen zu haben. Dieses Recht gibt ihm auch eine persönliche Klage auf Erfüllung des Versprechens, aber es überträgt auf ihn kein (dingliches) Recht auf die Sache, bis er seinerseits sich zum Kaufe oder Pacht bereit erklärt hat. Er kann daher eine inzwischen vorgekommene Veräußerung nicht anfechten.

Sirey 1866 II. 276.

4.

Art. 2159. Sirey 1866 II. S. 253.

Die Klage auf Pfandstrich muß sogar dann vor dem Gerichte der gelegenen Sache erhoben werden, wenn der Eintrag auf den Grund eines nichtigen oder erloschenen, aber durch Urtheil noch nicht für nichtig oder erloschen erklärten, Titels erfolgte.

Der Gerichtsstand der belegenen Sache unterliegt dann keinem Zweifel, wenn das Begehren einzig und allein auf Pfandstrich gerichtet ist, ohne daß die Giltigkeit des Titels, auf welchen der Eintrag erfolgte, in Frage kommt. Schwieriger wird aber die Sache, wenn der Pfandstrich nur als Folge der Nichtigkeit oder der Erlöschung des Titels der Forderung verlangt wird, und über diese Nichtigkeit oder Erlöschung noch kein Urtheil vorliegt.

Nach Tarrible (Merlin, Répert. v. radiation) ist das Gericht der belegenen Sache, vorbehaltlich der in Art. 2159 selbst angeführten beiden Ausnahmen allein zuständig. Tarrible ist nämlich der Ansicht, daß die beiden Ausnahmen streng auf die genau bezeichneten Fälle beschränkt werden müssen, und daß nur dann, wenn alle diese Bedingungen vorliegen, ein anderes Gericht als das der belegenen Sache angegangen werden könne.

Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft er sich auf ein Urtheil des Cassationshofes vom 24. April 1810 und des Gerichtshofes von Paris vom 9. März 1813.

Nach einer andern, vorzugsweise von Persil vertretenen Ansicht ist das Gericht der belegenen Sache nur dann zuständig, wenn das Begehren auf Pfandstrich das Hauptbegehren, und die Frage über die Giltigkeit des Titels nur einen Incidenzpunkt bildete, während, wenn der Kläger in erster Reihe die Nichtigkeit oder Erlöschung des Titels und nur folgeweise den Pfandstrich verlangt, Art. 2159 keine Anwendung finden soll.

Das Gericht des Wohnsitzes des Beklagten, behauptet Persil, sei allein zur Entscheidung über die Giltigkeit des Titels zuständig, und dieses Gericht könne, selbst wenn es ein Handelsgericht sei, indem es die Ungiltigkeit des Titels ausspreche, zu gleicher Zeit auch den Pfandstrich anordnen. Hiernach käme es also allein auf den Willen des Klägers und die Art und Weise, wie er seine Klage einzurichten beliebt, an. Will er das Gericht der belegenen Sache wählen, so hätte er nur das Begehren auf Pfandstrich in erster Reihe aufzustellen, will er aber vor dem Gericht des Wohnsitzes des Beklagten auftreten, so wäre die persönliche Klage auf Nichtigerklärung des Schuldtitels voranzustellen.

Nach dieser Ansicht hat in der That der Cassationshof in mehreren Fällen unterm 5. und 6. Mai 1812 und 11. Februar 1834 entschieden.

Vergl. Zachariä II. §. 282 b.

Eine dritte Ansicht ist für die Zuständigkeit des Gerichtes des Wohnsitzes des Beklagten in allen Fällen, in denen die Klage von der Giltigkeit des Titels, auf den hin Inscription genommen wurde, abhängt, weil die Frage

Digitized by Google

über die Giltigkeit oder Erlöschung des Titels immer eine präjudizielle sei, und von dem gewöhnlichen Gerichte ausgetragen werden müsse. Hiernach wären also die beiden Ausnahmen des Art. 2159 nicht limitativ zu verstehen, der allgemeine Grundsatz, auf welchem dieselben beruhen sollen, würde immer zur Anwendung kommen, so oft der Pfandstrich auf den Grund der Ungiltigkeit oder Erlöschung des Titels verlangt wird, auf den er sich stützt. Es soll auch gleichgiltig sein, ob der Eintrag auf den Grund eines Urtheils oder eines Vertrags erfolgte, ob er zur Sicherheit für eventuelle und unbestimmte, oder für bestimmte und fällige Forderungen genommen wurde.

Grenier, Hypoth. I. No. 94.

Pont., priv. et hypoth. No. 1092.

Troplong endlich folgt einer vermittelnden Ansicht. Die Pfandstrichsklage soll in dem Fall, wenn zugleich der Titel, auf dem der Eintrag beruht, angegriffen wird, eine mixta sein, so daß sowohl der Richter des Wohnsitzes als der belegenen Sache angegangen werden könne, denn Art. 2159 sehe nur den gewöhnlichen Fall vor, wo die Klage auf den Pfandstrich beschränkt werde, ohne die übrigen Fragen in den Bereich seiner Entscheidung zu ziehen.

In neuester Zeit hat der Gerichtshof in Caen die Ansicht von Tarrible adoptirt, indem er in den Erwägungen zu dem Urtheil vom 19. Februar 1866 die Behauptung aufstellte, daß nach Art. 2159 die allgemeine Regel gelte, daß die Klage auf Pfandstrich vor dem Gericht der belegenen Sache angestellt werden müsse, auch wenn noch die Prüfung des Titels, auf welchem der Eintrag beruhe, in Frage komme, und der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten ein anderer sei, daß dieser allgemeine Grundsatz nur zwei speziell genannte Ausnahmen kenne, von denen die erste auf dem Gedanken beruhe, daß nur das Gericht, von welchem das erste Urtheil ausgegangen, in der Lage sei, zu ermessen, ob die vorgesehene Eventualität eingetreten, und die schuldige Summe, die vorher noch ungewiß und unbestimmt gewesen, anzugeben.

Nach einem in Annal. XXVII. S. 301 mitgetheilten Urtheile des vormaligen oberrh. Hofgerichts soll nach §. 36 jetzt §. 53 Abs. 2 der bad. Pr.O. der Gerichtsstand der belegenen Sache mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten auch in dem Falle des L.R.S. 2159 concurriren. Diese dem Systeme Troplong's folgende Ansicht scheint indeß zu wenig Gewicht auf die Fassung des L.R.S. 2159 zu legen, der eine singuläre Bestimmung für einen speziellen Fall, nicht aber eine Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes über das, erst durch die Prozeßgesetzgebung zu normirende, forum rei sitae, enthält und nur zwei Ausnahmen zuläßt. Daher Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

Daß durch die neuere Prozeßgesetzgebung hierin nichts geändert wurde, ist in dem vom Abgeordneten Kusel erstatteten Commissionsbericht S. 7 ausdrücklich anerkannt. Es heißt dort: Wir sind mit dem Entwurf darin einverstanden, daß der Gerichtsstand der gelegenen Sache nicht ausschließlich sein soll. Die Ausnahme des L.R.S. 2159 in Bezug auf die Klagen wegen Pfandstrichs ist natürlich hiedurch nicht aufgehoben. Vrgl. L.R.S. 6c.

Wird aber die Giltigkeit des dem Pfandeintrag zu Grunde liegenden Urtheils angefochten, so ist diese Frage präjudiziell, und nach §. 6 der bad. Pr.O., welcher diesen Punkt eigends behandelt, vor dem hiernach zuständigen Gerichte auszutragen. Vrgl. Jahrb. Bd. XIII. S. 47.

5.

L.R.S. 452. 455 und 456.

Sirey 1866 I. S. 381.

Der Art. 452 des bürgerlichen Gesetzbuches, welcher dem Vormund den öffentlichen Verkauf der Fahrnisse des Mündels in der dort angegebenen Frist vorschreibt, enthält keine besondere Bestimmung über Entschädigung für den Fall des Zuwiderhandelns. Bei einer Verletzung dieser gesetzlichen Bestimmung ist vielmehr der allgemeine Grundsatz des L.R.S. 1382 maaßgebend, der Vormund daher auch nicht in allen Fällen zum Schadensersatze, z. B. zum Ersatze der Zinsen aus dem Werth der ohne Genehmigung des Familienrathes aufbewahrten Fahrnisse verpflichtet. Der Richter hat in dem einzelnen Fall zu prüfen, ob und in welchem Maaße eine Beschädigung eingetreten und die Summe hiernach festzusetzen. Das oben angeführte Urtheil des Cassationshofes vom 9. Juli 1866 spricht sich hierüber folgendermaaßen aus:

I. Erw., daß aus Art. 452 nicht folgt, daß der Vormund, welcher ohne Ermächtigung des Familienrathes die Fahrnisse des Mündels aufbewahrt hat, deßhalb allein für einen schlechten Verwalter zu halten und zur Bezahlung der Zinsen aus dem Werth dieser Fahrnisse von

Digitized by Google

dem Tag an, an welchem der Verkauf hätte geschehen sollen, zu verurtheilen sei, indem dieser Verkauf vom Gesetz nicht unter dieser speziellen Androhung vorgeschrieben ist;

J. Erw., daß hieraus folgt, daß die Entscheidung, ob der Vormund, indem er die Fahrnisse ohne Ermächtigung des Familienrathes aufbewahrte, wohl oder übel gethan, in das Ermessen des Richters gelegt ist, und dieser zu beurtheilen hat, ob unter den obwaltenden Umständen eine Beschädigung, und in welchem Umfange, anzunehmen sei ꝛc.

In dem gleichen Urtheile hat der Cassationshof an dem schon früher ausgesprochenen Grundsatze festgehalten, daß die Vormundschaft erst mit der Rechnungsablage ihr Ende erreiche und der Vormund bis dahin für Anlage der in der Zwischenzeit, nämlich vom Eintritt der Volljährigkeit bis zur Rechnungsablage verfallenen Einkünfte nach Art. 455 und 456 haftbar sei.

Die Entscheidungsgründe besagen hierüber:

J. Erw., daß nach dem ältern Rechte, welches durch das neuere Gesetz in diesem Punkte nicht abgeändert ist, angenommen wurde, die Vormundschaft dauere selbst nach erreichter Volljährigkeit des Mündels solange fort, als der Vormund die Verwaltung fortführt und bis er Rechnung gestellt hat;

J. Erw., daß hieraus folgt, daß die gleichen Grundsätze über die vormundschaftliche Verwaltung auch auf diese über die Volljährigkeit hinaus verlängerte Geschäftsführung anwendbar sind; daß demgemäß der gewesene Vormund auch die Zinsen der versäumten Anlage zu bezahlen hat, wie sie der wirkliche Vormund nach Art. 455 und 456 während der vormundschaftlichen Verwaltung schuldig ist.

Im römischen und ältern französischen Rechten bestand kein Zweifel über die rechtlichen Folgen einer nach erreichter Volljährigkeit des Mündels vom gewesenen Vormund fortgeführten Vermögensverwaltung. Allgemein war der Satz anerkannt: Tutor post puberem aetatem puellae si in administratione connexa perseveraverit tutelae actione totius temporis rationem praestare cogitur. In verschiedenen Urtheilen wurde auch ausdrücklich anerkannt, daß, wenn nach geendigter Vormundschaft der frühere Vormund in der Verwaltung des Vermögens seines gewesenen Mündels fortfährt, alle inzwischen erhobenen Einnahmen in die Vormundschaftsrechnung aufgenommen werden müssen, daß auch hiefür das gesetzliche Unterpfandsrecht und die Verpflichtung zur Zinszahlung von den versäumten Anlagen bestehe.

Der Code schweigt über diese Frage, über welche deßhalb die Meinungen sehr auseinander gehen.

Mehrere Urtheile, obgleich sie anerkennen, daß der Vormund nach beendigter Vormundschaft bis zur Rechnungsablage für die Erhaltung des Mündelvermögens zu sorgen habe, und folgeweise nicht anstehen, denselben für die Interessen versäumter K a p i t a l anlagen haftbar zu erklären, wollen doch nicht soweit gehen, diese spätere Verwaltung des frühern Vormunds für eine Fortsetzung der vormundschaftlichen Verwaltung selbst und darum alle Verpflichtungen derselben enthaltend, zu erklären. Namentlich leugnen sie die Verpflichtung zur Kapitalisirung der 6monatlichen Zinsen.

Troplong geht von der Ansicht aus, der Volljährige, dem sein gewesener Vormund noch nicht Rechnung abgelegt habe, sei in derselben Lage, wie ein Minderjähriger, er kenne seine Vermögenslage nicht, habe nie Gelegenheit gehabt, sich in die Verwaltung einzumischen, weil alles für ihn, aber ohne ihn geschehen sei.

Troplong leitet hieraus weiter ab, der volljährig gewordene Mündel, dem noch nicht Rechnung gestellt sei, würde ohne Anwendung dieser Grundsätze schutzlos bleiben, weil er von seinem Vormund Zinsen nur auf Grund der Art. 1153 und 1996 verlangen könnte. Er läßt darum auch keine Vermuthung für die Verwendung in eigenen Nutzen zu.

Demolombe (Band 8 No. 22 und 81) macht eine Unterscheidung und läßt die Anwendung der Sätze 455 und 456 nur zu, im Falle die Vormundschaft ex parte tutoris aufhört, z. B. durch den Tod des Vormunds, während er im andern Fall, wenn die Vormundschaft ex parte pupilli aufhört, z. B. durch Volljährigkeit, nur eine einfache Geschäftsführung annimmt. Daraus folgert er, daß im letzten Fall der Exvormund keine Zinsen von den erhobenen Einkünften, sondern nur die Interessen des Kapitals und nur in dem Fall zu bezahlen habe, wenn er keine Entschuldigung für Nichtanlagen der Kapitalien habe.

S c h m i d t.

136.

Die Gantgläubiger sind befugt, den Büchern des Gantmannes, auf welche ein Liquidant sich des

Digitized by Google

Beweises halber beruft, die Mangelhaftigkeit der Buchführung entgegen zu halten.

In Sachen
des Kaspar Auchter von Hohenstadt, Liquidanten, Appellaten, Oberappellaten,
gegen
die Gantmasse des Anton Auchter von Neustadt, Liquidatin, Appellantin, Oberappellantin,
Forderung betr.,

fand der Vertreter der Gantmasse die letztere durch die vorderinstanzlichen Urtheile insofern beschwert, als darin dem bemerkten Liquidanten drei Darleihensposten von
fl. 1000 vom 13. August 1863,
„ 1000 vom 8. November 1863 und
„ 2975 vom 28. April 1864,

unter der Voraussetzung zuerkannt wurden, daß derselbe noch den Erfüllungseid über die Wahrheit dieser Darleihen ableiste. Die Beschwerde erschien aber dem großh. Oberhofgerichte nicht als begründet, welches in seinen Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 14. März 1867 aussprach:

„Das in Folge der Verweigerung des dem Gantmann zugeschobenen Eides gemäß §. 767 der Pr.O. anzunehmende Zugeständniß der Forderungen des Liquidanten hat zwar gemäß §. 759 und 758 der Pr.O. neben der abweichenden Erklärung des Gantanwalts hier schon deßhalb keine volle Glaubwürdigkeit anzusprechen, weil es sich um Beträge handelt, über die Zeugenbeweis unzuläßig wäre, und wird noch weiter insbesondere durch das nahe verwandtschaftliche Verhältniß, welches zwischen dem Liquidanten und dem Gantschuldner besteht, und vermöge dessen dem Letzteren aus einem Obsiegen des Liquidanten mittelbar ein Vortheil in Aussicht steht, geschwächt. Demungeachtet bleibt nach dem Schlußsatz des §. 759 der Pr.O. jenes Zugeständniß um so mehr nicht ohne Bedeutung, als das Geständniß des Gantschuldners durch die Einträge unterstützt ist, welche sich in den von dem Liquidanten angerufenen und von der Gantmasse vorgelegten Handelsbüchern des Gantschuldners über die hier liquidirten Forderungsposten vorfinden. Es ist nach L.R.S. 1330 in Verbindung mit L.R.S. 1329, beziehungsweise Art. 28 des Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch vom 6. August 1863 (Reggsbl. No. 60) kein Zweifel, daß Handelsbücher im Allgemeinen gegen den Führer derselben Beweis machen und zwar um so mehr, wenn die in Frage stehenden Geschäfte — wie hier — nach Art. 274 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als Handelsgeschäfte zu betrachten sind. 2c.

Die Beweiskraft dieser Einträge wird nun allerdings dadurch wesentlich geschwächt, daß, wie durch die Bücher selbst und durch die angerufenen Untersuchungsakten gegen den Gantschuldner wegen leichtsinniger Zahlungsflüchtigkeit erwiesen ist, diese Bücher sehr unregelmäßig und unordentlich geführt worden sind. Wenn nämlich auch solche Mängel gemäß Anh.S. 12 und 13 zunächst nur dem Handelsmann selbst entgegenstehen sollen, wenn er sich auf seine Bücher zur Beweisführung berufen will, dagegen er diese Mängel und also seine eigene Nachlässigkeit nicht entgegenhalten kann, wenn diese Bücher gegen ihn von der Gegenpartei angerufen werden, wie hier,

m. vrgl. Aubry et Rau Bd. VI. S. 409 §. 757 Note 5 und Dalloz, Rép. t. VIII. S. 534 No. 255 f.,

so muß man doch den Gantgläubigern, gegen welche hier vom Liquidanten der Beweis geführt werden muß,

m. vrgl. Schweppe, Concursprozeß §. 95 Z. 3 S. 191, §. 96 S. 191. 192 u. §. 132 S. 244 —245 und
oberhofg. Jahrb. n. F. Jahrg. IV. S. 171—172,

gestatten, solche Mängel dieser Bücher geltend zu machen. Immerhin ist aber kein Anhalt dafür beigebracht, daß die fraglichen Einträge etwa erst nach dem Gantausbruche gemacht worden wären, und sie behalten also immer noch einige Beweiskraft.

Nimmt man hiezu noch den aus den Beilagen der erwähnten Untersuchungsacten sich ergebenden Umstand, daß der Liquidant in solchen Vermögensverhältnissen steht, daß er fragliche Darleihen wohl machen konnte, und daß derselbe als unbescholtener Mann bezeichnet ist, und erwägt man ferner, daß der Liquidant in der Lage ist, über die Wahrheit oder Nichtwahrheit der fraglichen Geschäfte Auskunft zu geben, während die Massevertreter nur einen Nichtwissenseid zu schwören vermöchten: so erscheint nach §. 759 a. E. und §. 585 der Pr.O. die Auflage des Erfüllungseides an den Liquidanten gerechtfertigt, welcher dann die beiden

Digitized by Google

bestrittenen Momente, daß die Zahlung an sich geschehen sei, und daß die Beträge als Darleihen gegeben worden seien, umfaßt. Red.

137.

Zur Lehre vom Nachdruck.

In dem, Annalen 1867 No. V. S. 36 ff., mitgetheilten Falle, hat die Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe am 20. Mai d. J. ein Urtheil dahin erlassen, daß der Beklagte Friedrich Gutsch einen Eid dahin zu leisten habe:

„Es ist nicht wahr, daß ich die Liedersammlung des badischen Sängerbundes, erste Lieferung, Karlsruhe, Druck von Friedrich Gutsch 1865, auf eigene Rechnung gedruckt habe."

Von der Leistung dieses Eides wurde die Zahlung von 116 fl. 40 kr. abhängig gemacht und der Kläger mit der Mehrforderung unbedingt abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

Nachdem beklagter Seits die unter Ziff. 1 und 2 des Erkenntnisses vom 15. October v. J. zum Beweis ausgesetzten Thatsachen zugegeben wurden, handelt es sich nur noch um Beweissatz 3 und 4.

Was nun Beweissatz 3 betrifft, so ist nach dem jetzigen Stand des Rechtsstreites nicht mehr streitig, daß der Druck des Beklagten nach dem Zeitverhältniß, in welchem er zu demjenigen des Klägers steht, ein Nachdruck ist, es handelt sich vielmehr nur noch darum, ob der Beklagte auf eigene Rechnung gedruckt hat, und nur hierauf hat sich der dem Beklagten deßfalls zugeschobene und angenommene Eid zu erstrecken, wobei selbstverständlich der Druck der Liedersammlung auch die fraglichen unter No. 18 und 25 darin enthaltenen Lieder in sich begreift.

Wird dieser Eid geleistet, so ist der Kläger, wie bereits in den früheren Entscheidungsgründen ausgeführt wurde, mit der gegen den Beklagten erhobenen Klage, abzuweisen.

Wird der Eid verweigert, so tritt die Frage heran, welchen Schaden der Beklagte dem Kläger zu ersetzen hat und in dieser Richtung ist das erhobene Gutachten der aufgestellten Sachverständigen mit dem Gesetz, nämlich Art. VI. des Bundesbeschlusses vom 19. Juni 1845 in Einklang zu bringen.

Die Sachverständigen erklärten, daß der Verkaufspreis des Sängersaals, aus 4 Heften oder 48 Liedern bestehend, für die Partitur 2 fl. 48 kr. und für die einzelne Stimme 56 kr. betrage, und daß sich hiernach die beiden Lieder in der Partitur auf 7 kr. und die einzelne Stimme auf 3 kr. berechne; es müsse nun aber beim Einzelverkauf ein verhältnißmäßig höherer Preis festgesetzt werden, der in Berücksichtigung bereits stattgehabter Verbreitung dieser beiden Lieder, auf 12 kr. für die Partitur und 4 kr. für jede der 4 Stimmen derselben anzunehmen sei.

Hievon geht aber ein Rabatt von 50 Procent, welchen der Verleger dem Musikalienhändler gibt — was auf dem Umschlag des deutschen Sängersaales für den Fall der Abnahme von 20 Stimmen bemerkt ist — ab, und reducirt sich also der Preis auf 6 kr., beziehungsweise 2 kr.

Nach Art. VI. des erwähnten Bundesbeschlusses kann die Zahl der Exemplare, für welche diese Entschädigung bezahlt wird, bis auf 1000 ansteigen; innerhalb dieser Zahlen entscheidet lediglich das richterliche Ermessen, indem nach Wortlaut und Geist des Gesetzes nur dann, wenn eine Entschädigung, welche den Verkaufspreis von 1000 Originalexemplaren übersteigt, gefordert wird, ein streng prozessualischer Beweis erforderlich ist.

Vrgl. Jolly S. 289.

In allen Fällen ist aber festzuhalten, daß der wirkliche Schaden nicht durch den Verkaufspreis so vieler Originalexemplare als nachgedruckte abgesetzt wurden, sondern nur so vieler, als in Folge des Nachdrucks nicht verwerthet werden konnten, annähernd ausgedrückt wird.

Indem man nun einerseits erwägt, daß der deutsche Sängersaal eine ältere Sammlung ist, welche namentlich wegen ihres größeren Formats Dilettanten weniger entspricht; daß die fraglichen beiden Lieder auch in anderen Sammlungen abgedruckt sind — welcher Umstand übrigens die Verpflichtung des Beklagten zur Entschädigung keineswegs beseitigt, sondern nur den Einfluß hat, daß eben, um in den Besitz der Lieder zu kommen, nicht gerade der Sängersaal, sondern auch die andern Sammlungen angeschafft werden können — daß es sich aber andererseits um zwei der besten Lieder handelt, was die Sachverständigen bestätigen, so hat man die Festsetzung der Exemplare auf 500 für angemessen erachtet.

Sofern also der Beklagte den zu leistenden Eid verweigert, so hat er zu bezahlen:

Digitized by Google

1) für 500 Partituren à 6 kr. . . . . fl. 50. —
2) für 500 + 4 Stimmen à 2 kr. = 4000 kr. fl. 66. 40

Summa fl. 116. 40

Es war somit der Klaganspruch von 600 fl. jedenfalls zu hoch und müssen deßhalb auch in dem, für den Kläger günstigen Falle die Kosten wettgeschlagen werden, um so mehr, als die bedingt zuerkannte Summe die Gerichtsbarkeit diesseitigen Gerichtshofs nicht begründet hätte. §. 10 der Pr.O.

Aus diesen Gründen u. s. w.

Der Kläger hat gegen dieses Urtheil die Appellation ausgeführt und am 21. Septbr. d. J. in zweiter Instanz ein Urtheil erwirkt, wornach der Beklagte den Betrag von 116 fl. 40 kr. unbedingt zu bezahlen und sämmtliche Kosten des zweiten Rechtszuges zu tragen hat. Die Kosten erster Instanz werden wettgeschlagen.

Die zweitinstanzlichen Gründe lauten:

Der Kläger hat gegen das Urtheil der ersten Civilkammer dahier deßhalb und insoweit die Appellation ergriffen, als die Verurtheilung des Beklagten von dem Ausschwören des ihm auferlegten Eides abhängig gemacht wurde:

„Es ist nicht wahr, daß ich die Liedersammlung des badischen Sängerbundes, erste Lieferung, Druck von Friedrich Gutsch, auf eigene Rechnung gedruckt habe.“

Die erhobene Beschwerde stellt sich als begründet dar.

In den Gründen zum Beweiserkenntniß vom 15. Oktober 1866, welche in diesen Beziehungen diesseits angenommen werden, ist ausgeführt, daß für Beurtheilung der vorliegenden Sache die Bundesbeschlüsse vom 9. November 1837 und 19. Juni 1845 auch jetzt gültig und maaßgebend sind, daß die Staatsministerialverordnung vom 17. Septbr. 1847 sich nur auf die im Großherzogthum Baden erscheinenden literarischen Erzeugnisse und Werke der Kunst bezieht, daß die fragliche Liedersammlung des badischen Sängerbundes kein Sammelwerk von solcher Art ist, die die Grenzen des Erlaubten nicht überschreitet, daß der Beklagte nach dem von ihm Vorgetragenen sich nicht auf einen entschuldbaren Irrthum berufen kann, und daß die fraglichen beiden Lieder in der Liedersammlung als Nachdruck der beiden gleichen Lieder im deutschen Sängersaal zu betrachten sind. Da unter den Parteien nicht mehr bestritten ist, daß die hier in Frage stehenden beiden Lieder von C. A. Mangold componirt sind, und daß der Kläger vor etwa 15 bis 20 Jahren das Verlagsrecht derselben durch Kauf vom Componisten erworben hat, da ferner gegen die Größe der ermittelten Entschädigungssumme von keiner Seite eine Beschwerde erhoben ist, so erübrigt nur die Prüfung der Frage der Erheblichkeit der vom Kläger aufgestellten Behauptung, daß der Beklagte jene beiden Lieder auf eigene Rechnung nachgedruckt habe.

Der Unterrichter ist mit Recht davon ausgegangen, daß nach den oben erwähnten Gesetzen über den Nachdruck derjenige, welcher ein in fremdem Verlagsrechte befindliches Werk druckt, durch den unbefugten Eingriff in dieses Verlagsrecht und damit in ein fremdes Vermögensrecht eine ihn zur Entschädigung verpflichtende unrechte That begeht. Jede vorsätzliche Handlung, welche an sich verboten ist, verpflichtet zur Entschädigung, insolange nicht vom Thäter nachgewiesen werden kann, daß er sich in einem Verschulden nicht befunden, daß er insbesondere aus einem thatsächlich entschuldbaren Irrthum ohne Kenntniß der Rechtswidrigkeit seiner That gehandelt habe und es ist durchaus unerheblich, ob die That zu eigenem oder fremdem Vortheil, aus eigenem oder auf fremden Antrieb verübt wurde.

Derjenige, welcher ein fremdes Verlagswerk nachdruckte, kann sich daher gegen Strafe und Entschädigungspflicht durch die bloße Behauptung nicht schützen, daß er in fremdem Auftrag oder auf fremde Rechnung den Druck veranstaltete, sondern es könnte dies nur durch die Behauptung und den Nachweis geschehen, daß er den von ihm anzugebenden Umständen nach, unter welchen er den Druck des Werkes, der sich nun einmal als Nachdruck darstellt, übernommen und bewirkt habe, annehmen durfte, daß durch den Druck ein fremdes Verlagsrecht nicht beeinträchtigt werde, daß er etwa das Werk als Manuscript erhalten hätte, oder den Umständen nach zu der Annahme berechtigt gewesen sei, das Werk sei ein solches, dessen Vervielfältigung auch ohne spezielle Erlaubniß des Verfassers geschehen dürfe.

Solche Thatsachen sind vom Beklagten nicht behauptet worden, vielmehr spricht gegen ihn der Umstand, daß dem der Liedersammlung beigegebenen Inhaltsverzeichniß die Bemerkung vorangedruckt ist, die mit einem Sternchen bezeichneten Lieder seien mit Einwilligung der Verleger in die Sammlung aufgenommen, und daß die hier

Digitized by Google

in Frage stehenden beiden Lieder nicht in solcher Art bezeichnet sind.

Wenn dem Drucker auch nicht zugemuthet werden kann, zu ermitteln, ob an einem ihm als Manuscript übergebenen Werke, das er in fremdem Auftrage druckt, ein Dritter verlagsberechtigt ist, so muß doch angenommen werden, daß der Drucker, da er mit der Ausübung des Druckereigewerbes auch eine Haftbarkeit für den Inhalt der von ihm gedruckten Werke übernimmt, sich mit dem Inhalte bekannt gemacht habe, und er kann daraus, daß er es unterlassen habe, keine Entschuldigung für sich ableiten.

Durch die Nichtbezeichnung mit einem Sternchen war der Beklagte darauf hingewiesen, daß für die fraglichen beiden Lieder von dem betreffenden Verleger die Einwilligung zum Druck nicht ausdrücklich ertheilt war, und es ist daher sogar sein subjectives Verschulden, seine Kenntniß der Unerlaubtheit nachgewiesen. Hätte er daher auch nur im Auftrag des badischen Sängerbundes oder auf dessen Rechnung den Druck besorgt, so erscheint er, da die Existenz einer entschuldbaren Unkenntniß der Unerlaubtheit nicht nur nicht thatsächlich von ihm begründet wurde, sondern selbst widerlegt ist, als Gehilfe bei dem stattgehabten Nachdruck und deßhalb civilrechtlich haftbar.

Jolly, Lehre vom Nachdruck S. 255. 271.

Nach dem Bisherigen ist Kläger dadurch beschwert, daß die Verurtheilung des Beklagten von dem Eide desselben darüber abhängig gemacht wurde, daß er den Druck nicht auf eigene Rechnung bewirkt habe, und mußte vielmehr die unbedingte Verurtheilung des Beklagten unter Verfällung in die Kosten des zweiten Rechtszugs erfolgen, dagegen wurden die Kosten des ersten Rechtszugs wettgeschlagen, weil Kläger mit seiner bedeutenden Mehrforderung rechtskräftig abgewiesen wurde. v. Blittersdorff.

138.

Auf die Anerkennung einer Schuld als Ergebniß einer Abrechnung findet L.R.S. 1337 keine Anwendung.

vrgl. Zachariä §. 338 vor und in Note 7 Bd. II. S. 327.

Annalen XIII. S. 385.

Annalen XVIII. S. 216.

XXII. S. 17.

XXIV. S. 223.

Zur Begründung der Beweiseinrede betrügerischer Erschleichung einer Beweisurkunde genügt das Vorgeben nicht, daß der Unterzeichner durch unwahre Angaben über den Inhalt derselben zur Beisetzung seiner Unterschrift vermocht worden sei.

vrgl. Zachariä §. 343 b. 2. Bd. II. S. 343. 344.

Nach Auflösung einer Gesellschaft kann ein früherer Gesellschafter nicht auf verhältnißmäßigen Ersatz seiner Auslagen klagen, sondern nur auf Zahlung eines ihm nach der Theilung zukommenden Guthabens.

In Sachen

des Handelsmanns G. Ph. Ding in Edingen, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

Johann Gött und seine Ehefrau, Albertine Gött von da, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend.

Auszug aus den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 24. October 1867:

ꝛc. Die Urkunde vom 13. August 1865 enthält nicht nur das Anerkenntniß, daß die beklagten Eheleute dem Kläger auf neue Rechnung 570 fl. schulden, sondern auch das Versprechen, diese Summe mit 5 pCt. zurückzuzahlen. Es geht mithin schon aus der Urkunde selbst hervor, daß das darin bezeichnete Guthaben des Klägers das Ergebniß einer Abrechnung der Parteien sei und zudem hat Kläger durch die damit vorgelegte, nach der Feststellung in den kreisgerichtlichen Entscheidungsgründen von den Beklagten nicht beanstandete Rechnung über die einzelnen Schuldposten nachgewiesen, daß sie durch verschiedene Verkäufe, Darleben, und gelieferte Wagnerarbeit entstanden sind. Der L.R.S. 1337 findet daher auf diese Urkunde keine Anwendung.

Die Beklagten wollen dieser Schuldurkunde die ihr nach L.R.S. 1322 zukommende Beweiskraft auch durch die Einrede entziehen, daß der Kläger sie durch trügerische Vorspiegelungen vermocht habe, die fragliche aus einem mit dem Kläger gemeinschaftlich be-

Digitized by Google

triebene Frachtfuhrgeschäfte erwachsene Schuld als ihre persönliche Schuld durch Unterzeichnung jener Urkunde anzuerkennen. Allein keine der Handlungen des Klägers, wie sie von den Beklagten zur Begründung dieser Einreden geschildert werden, hat die Eigenschaft von Kunstgriffen im Sinne des L.R.S. 1116 (manoeuvres pratiquées par l'une des parties), und schon die Rücksicht auf die gesetzliche Begünstigung schriftlichen Beweises läßt es nicht zu, die Beweiskraft einer Urkunde durch das einfache Vorgeben in Frage stellen zu lassen, der Unterzeichner derselben sei durch Unwahrheiten zur Beisetzung seiner Unterschrift überredet worden 2c.

Nach der Begründung der Einrede der Wettschlagung, beziehungsweise der Widerklage darf wohl angenommen werden, daß das angeblich mit dem Kläger gemeinschaftlich betriebene Geschäft, aus welchem die Beklagten Ansprüche ableiten, bereits aufgegeben war, als diese Ansprüche gerichtlich geltend gemacht wurden.

Hiernach können die Beklagten nicht mehr, wie nach L.R.S. 1852 während des Bestehens der Gesellschaft, einfach Ersatz einzelner Auslagen für dieselbe fordern, sondern nur dasjenige, was sich bei der nach L.R.S. 1872 zu bewirkenden Auseinandersetzung des Stands des Gesellschaftsvermögens als Guthaben für sie herausstellt, zu welchem Zwecke die Beklagten, wenn sie damit auszureichen gedenken, eine Theilungsklage erheben müßten.

Red.

139.

Aus dem Strafrechte.

I.

Siehe Annalen 1865 Seite 308.

Gutsbesitzer W., ein sonst als Kinderfreund bekannter und allgemein geachteter Mann, traf auf seinem Gute eine Anzahl Kinder bei einem unbedeutenden Gartenfrevel. Aufgebracht hierüber ergreift er ein 12 Jahre altes Mädchen und sperrte dasselbe zur Strafe in einem dunkeln Gewölbe seines Kellers ein.

Auf die Kunde hievon eilt der erwachsene Bruder des Mädchens auf das Schloß, wird aber bis nach beendigtem Mittagstische nicht vorgelassen. Endlich nach etwa 2½ Stunden erfolgt die Freilassung des Mädchens. Glücklicherweise war das letztere ein aufgewecktes muthiges Kind und ist mit dem bloßen Schrecken davon gekommen.

In dieser Handlungsweise erblickte die großh. Staatsanwaltschaft und ihrem Antrage entsprechend auch die Raths- und Anklagekammer eine widerrechtliche Gefangenhaltung im Sinne des §. 275 des Str.G.B.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wurde jedoch der Verweisungsbeschluß durch Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts vom 14. Juli d. J. aufgehoben und der Angeklagte von der Anschuldigung entbunden. Die Entscheidung ist darauf gestützt, daß die an sich widerrechtliche Einsperrung einer Person mit dem Bewußtseyn dieser Widerrechtlichkeit und mit der gerade auf dieses Verbrechen gerichteten Absicht unternommen und ausgeführt sein muß, daß aber die Einsperrung des Kindes als verdiente Züchtigung nicht unter die Bestimmung des §. 275, sondern (wenn sie nicht in ein anderes schwereres Verbrechen übergeht) höchstens als unerlaubte Selbsthilfe unter den §. 279 des Str.G.B. falle.

II.

Zur Erhebung der städtischen Verbrauchsteuer sind in M. sog. Thorwarte bestellt. Diese sind weder verpflichtet noch ständig besoldet, werden von dem Gemeinderathe ohne alle Formalitäten angestellt und entlassen. Sie beziehen aus der Gemeindekasse nur Tagsgebühren und haben im Falle einer vorübergehenden Verhinderung einen Ersatzmann auf eigene Kosten zu stellen. Die Art der Octroierhebung ist übrigens durch eine amtlich bestätigte Verordnung des Gemeinderaths geregelt. Hiernach steht den Thorwarten, wie sich dies aber als nothwendiges Mittel zum Zwecke von selbst versteht, auch die Befugniß zu, ein- und ausgehende Personen anzuhalten und erforderlichenfalls zu visitiren.

Es entstund die Frage, ob eine Widersetzlichkeit gegen den Thorwart bei Ausübung seines Dienstes unter die Strafbestimmung des §. 615 d. St.G.B. falle, oder ob er nicht zu den öffentlichen Dienern des §. 658 gehöre. (Schl. flgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 44.

(Schluß von Art. 139.)

Die Frage wurde von der Raths- und Anklagekammer bejaht.

In der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Verweisungsbeschluß wurde von dem Angeklagten hauptsächlich ausgeführt, daß die Octroierhebung unter der Leitung und Aufsicht eines eigens ernannten sog. städtischen Controleurs stehe und die Thorwarte nur als dessen Hilfsarbeiter oder Taglöhner zu betrachten seien.

Die Beschwerde wurde durch Erkenntniß des großh. Oberhofgerichts vom 14. Juli d. J. verworfen und dabei angenommen, daß die Thorwarte als Gehilfen in den dem Steueraufsichtspersonal und dem städtischen Controleur zustehenden Funktionen erscheinen und deßhalb auch die Eigenschaft von Gemeindebediensteten im Sinne des §. 658 des Str.G.B. besitzen.

III.

Von dem Bürgermeisteramte Muggensturm war gegen einen gew. Karl Westermann eine Gefängnißstrafe von 12 Stunden verhängt. Bevor dieses Straferkenntniß die Rechtskraft erlangt hatte und ohne eine Verfügung zum Vollzug abzuwarten, stellte sich Westermann bei dem Polizeidiener Meder zur Straferstehung, vermochte aber diesen gegen eine angebliche Belohnung von 2 fl., ihn wieder nach Hause gehen zu lassen und am folgenden Tage dem Bürgermeister zu melden, daß die Strafe vollzogen worden sei. K. Westermann wurde von dem Schöffengerichte wegen Bestechung verurtheilt, Polizeidiener Meder aber wegen dieses Vergehens freigesprochen.

In der Rekursinstanz erfolgte das in den Annalen lauf. J. No. 37 S. 295 mitgetheilte Urtheil des großh. Kreisgerichts Baden, wornach dieses in der Handlung des Polizeidieners Meder den Fall einer vorsätzlich verursachten Entweichung eines Gefangenen erblickte.

Auf Grund dieser Entscheidung stellte die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung. Da der Untersuchungsrichter entgegengesetzter Ansicht war, geschah nach §. 69 der Str.P.O. Vorlage an die Raths- und Anklagekammer. Durch Erkenntniß der letzteren vom 20. October d. J. wurde ausgesprochen, daß kein Grund zur Einleitung einer Untersuchung vorhanden sei, und demselben die Erwägung zu Grunde gelegt, daß K. Westermann nicht nur nicht in Vollzug des bürgermeisteramtlichen Erkenntnisses Strafgefangener, sondern seine Gefangennehmung noch gar nicht verfügt war, und deßhalb das Vergehen des §. 685 des Str.G.B. nicht vorliege. (?)

Reich,
Amtsrichter in Rastatt.

140.

Entschädigung für Körperverletzung.

Der Nachweis des Causalzusammenhanges zwischen der verletzenden Handlung und nachgefolgten Krankheitserscheinung kann auch dann im Civilverfahren noch geliefert werden, wenn dieser Zusammenhang in dem, im Strafverfahren erhobenen Gutachten nicht angenommen worden ist.

Der Antrag auf Erhebung eines Obergutachtens im Civilverfahren kann nicht darauf gegründet werden, daß das in diesem erhobene Gutachten zu einem Schlusse kommt, welchen das im Strafverfahren erhobene Gutachten nicht zu ziehen vermocht hatte.

Die in L.R.S. 1150 ausgesprochene Beschränkung der Entschädigungspflicht findet bei Entschädigungen für Vergehen keine Anwendung.

Nicht blos für bereits bezahlten Aufwand kann Ersatz gefordert werden.

Die Vermuthung spricht nicht dafür, daß Leistungen der Angehörigen des Beschädigten zum Vortheil des aus einem Vergehen Ersatzpflichtigen unentgeldlich geschehen seien.

Die nach §. 16 des Gesetzes über die privatrecht-

Digitized by Google

lichen Folgen von Verbrechen durch wesentliche Aenderung der Umstände bedingte Minderung oder Aufhebung der zuerkannten Unterhaltsrente versteht sich, ohne Vorbehalt im Urtheile, von selbst.

In Sachen

der Elisabetha Horst von Gondelsheim, vertreten durch ihren Vater Jacob Horst von da, Klägerin, Appellatin, Oberappellatin

gegen

Carl Steinbach von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,

Entschädigungsforderung betreffend,

ist auf das Urtheil des großh. Amtsgerichts Bretten vom 21. April 1866, No. 3616, besagend:

„Der Beklagte ist, unter Verfällung in die Kosten dieses Verfahrens, schuldig:

1) der Klägerin die in Folge ihrer am 4. April 1861 erlittenen Körperverletzung entstandenen und künftig entstehenden Kosten ärztlicher Behandlung und Verpflegung zu ersetzen, insbesondere:

a) Behandlungskosten des Gerichtsarztes	fl.	177. — kr.
b) Kosten des Chirurgen Niebergall	„	66. 31 „
c) Kosten des praktischen Arztes Bähr	„	95. 20 „
d) der Hebamme Elisabeth Stemmler	„	10. 12 „
e) des Apothekers Weikum	„	68. 51 „
f) der J. G. Bähr Wwe.	„	13. 24 „
g) des Vaters der Verletzten	„	337. 14 „
h) für Verpflegung im Krankenhaus Heidelberg	„	16. 48 „
i) für solche im Krankenhaus Carlsruhe	„	9. 32 „
Zusammen	fl.	794. 52 kr.

innerhalb vier Wochen bei Zwangsvermeiden,

2) derselben eine jährliche Leibrente von 75 fl., vom Tag der erlittenen Mißhandlung an laufend, zu bezahlen und zwar die verfallenen Beträge innerhalb vier Wochen bei Zwangsvermeiden, die künftig fällig werdenden aber in vierteljährigen Raten;"

sodann auf das bestätigende Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, Appellationssenat, vom 27. Februar l. J., No. 421; —

nunmehr auf die vom Beklagten ergriffene Oberappellation nach gepflogenen Verhandlungen von großh. Oberhofgericht am 26. September 1867 zu Recht erkannt worden:

Die Urtheile der beiden Vorderinstanzen seien, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten auch der dritten Instanz, zu bestätigen.

In den

Entscheidungsgründen

ist u. A. ausgeführt:

Auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen und der Abhör von Zeugen hat das Untergericht den Beklagten, welcher nach Ausweis der betreffenden Strafgerichtsacten am 4. April 1861 die Klägerin durch drei Schläge mit der Hand auf den Kopf bei einem Wortwechsel im Affect körperlich verletzte, damals aber nur für eine verursachte Krankheit und Arbeitsunfähigkeit von 10 Tagen strafrechtlich verantwortlich gemacht wurde, nach Antrag der Klage zum Ersatz der geforderten, in Folge der angeforderten Körperverletzung entstandenen und künftig noch entstehenden, Kosten ärztlicher Behandlung und Verpflegung, insbesondere der in der Klage besonders liquidirten, unter Ermäßigung der Forderung des Vaters der Klägerin auf 337 fl. 14 kr., und ferner zur Zahlung einer Leibrente im Betrag von 75 fl., vom Tag der Mißhandlung an, verurtheilt.

Dieses Urtheil wurde vom Obergericht auf die Berufung des Beklagten, nach Abhör weiterer Gegenzeugen, bestätigt.

Hiegegen beschwert sich der Beklagte, Oberappellant. Seine Beschwerde kann aber nicht für begründet erkannt werden.

Schon in der vorausgegangenen Strafsache wurde es keineswegs als hergestellt angesehen, daß die besonderen Zufälle der Verletzten, welche bereits am 16. April 1861, also 12 Tage nach der Mißhandlung, begonnen, nämlich convulsivische Zuckungen, starrkrampfartige Zustände, Ohnmacht, Delirium u. s. w. nicht als die Folge der Mißhandlung, sei es unmittelbar oder durch Hinzutreten anderer aus der Verletzung entstandenen

Digitized by Google

Zwischenursachen (Str.G.B. §. 204 in Vergleichung mit L.R.S. 1151) gelten können, vielmehr wurde nur nach dem damaligen Stande der Sache der ursachliche Zusammenhang nicht als sicher nachweislich angenommen rc.

Wesentlich anders hat sich aber die Lage der Sache durch die seither dazu gekommenen Erscheinungen und Erfahrungen, insbesondere durch die fortgesetzten und übereinstimmenden Wahrnehmungen der Hausärzte in Illenau, wohin Elisabeth Horst am 2. Mai 1864 gebracht werden mußte und wo sie gründlich beobachtet wurde, nunmehr gestaltet. Die früher in mancher Beziehung dunkeln und namentlich hinsichtlich ihres Zusammenhangs mit der Verletzung zweifelhaften Zustände der Kranken wurden hiedurch in helleres Licht gesetzt und soweit aufgeklärt, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der Verletzung und den nachgefolgten Krankheitserscheinungen nach den Regeln des Denkens und dem natürlichen Gang der Dinge mit Grund nicht wohl mehr bezweifelt werden kann und die richterliche Ueberzeugung hiervon eine feste Grundlage gewinnt rc.

In der Hauptsache ging ihr Ausspruch, nach Maaßgabe der einzelnen Fragen und Beweissätze, dahin:

a) daß bei der Klägerin seit der ihr am 4. April 1861 durch den Beklagten widerfahrenen Mißhandlung die in der Klage angeführten Krankheitserscheinungen eingetreten sind und noch fortdauern, deßgleichen

b) daß durch diese Gesundheitsbeschädigung der Klägerin für die Folge eine verminderte und in ihrem bessern Fortkommen sie hemmende Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist.

Das Erstere wurde auf Grund der sehr allgemein zu Gunsten der Klägerin ausgefallenen Aussagen der Zeugen namentlich auch der behandelnden Aerzte, in Verbindung mit den ärztlichen Tagbüchern als zweifellos dargelegt mit dem Bemerken, daß die Kranke nicht geheilt die Anstalt verließ und nach Erfahrungen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen lasse, daß die fraglichen Krankheitserscheinungen auch ferner eintreten werden.

In Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit wurde ausgeführt, daß, wenn Heilung möglich erscheine, diese erst nach Umlauf von Jahren eintreten werde.

Was die Hauptfrage betrifft, nämlich den Nachweis:

c) daß die fragliche Gesundheitsstörung die natürliche Folge der der Klägerin widerfahrnen Mißhandlung ist, beide daher in ursächlichem Zusammenhange stehen, so wurde dieser Nachweis als vollkommen geliefert anerkannt rc.;

d) in Bezug auf den Inhalt des Beweissatzes d) erklärte das Gutachten, daß der betreffende Aufwand, wie er aus den Acten hervorgehe, im Allgemeinen durch den Krankheitszustand der Klägerin erfordert wurde.

Dieses prozeßordnungsmäßige erhobene Gutachten unterliegt in formeller Hinsicht keinem Anstand. Die Ernennung der beiden Sachverständigen geschah ohne Einspruch der Partheien und ihr Ausspruch in voller Uebereinstimmung, ja sogar zugleich mit Vertretung der Meinung der anderen Aerzte der Anstalt.

Das Gutachten ist klar und vollständig und sind alle wesentlichen Punkte begutachtet worden; der Fall des §. 495 der alten Pr.O. ist daher nicht vorhanden und nach den Vorschriften des genannten, für den ersten Rechtszug noch geltenden Prozeßgesetzes lag ein Grund zu wiederholter Begutachtung überall nicht vor. Die Erhebung eines Obergutachtens, nach Art eines höheren Rechtszuges ohne besondere Voraussetzungen zu verlangen, wurde auch in der gemeinrechtlichen Prozeßlehre der Parthei nicht gestattet. —

Schmidt, Handbuch des gem. deutsch. Civilprozesses II. §. 157.

Wetzel, System des Civilprozeßrechts §. 149 S. 394 ff.

Renaud, Lehrbuch des gem. Civilprozeßrechts §. 149 S. 394 ff.

Auch nach den freieren Vorschriften der jetzigen Prozeßordnung §. 502, verglichen mit §. 493, ist ein genügender Grund zur Erhebung eines weiteren Gutachtens nicht vorhanden. Der blose Widerstreit des jetzigen Gutachtens mit dem im Strafverfahren erhobenen Obergutachten kann, in Rücksicht der wesentlich geänderten Sachlage einen solchen Grund nicht abgeben, da das neuere hierauf und auf länger fortgesetzte Beobachtung der Kranken gegründete Gutachten als vollkommen befriedigend und überzeugend erscheint.

Dasselbe steht mit den Ergebnissen der Zeugenaussagen, sowie der schriftlichen Zeugnisse, wie schon bemerkt, in Uebereinstimmung rc.

Was die nähere Beschaffenheit und Größe der geforderten Entschädigung betrifft, so ist der klägerische

Digitized by Google

Anspruch im Allgemeinen nach L.R.S. 1382. 1382 c, vergl. mit L.R.S. 1151 und Gesetz über die b. Folgen der Verbrechen vom J. 1845 §. 1. 11 und 15 rechtlich begründet. Der dagegen angerufene L.R.S. 1150 findet hier keine Anwendung, da es sich um eine unrechte That, beziehungsweise um Gefährde handelt, die Voraussetzungen des L.R.S. 1151 hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhangs fehlen aber bei richtiger Auffassung dieser Gesetzesstelle, womit auch der im Str.G.B. §. 204 niedergelegte allgemeine Grundsatz in Bezug auf Feststellung der wirkenden Ursache zu vergleichen ist, hier keineswegs.

Der fragliche Ersatzanspruch erscheint begründet, mag der erforderliche Aufwand von der Klägerin schon bezahlt oder als eine Schuld derselben von ihr erst zu bezahlen sein; in einem wie im andern Falle ist eine Verminderung ihres Vermögens vorhanden. Dies gilt insbesondere auch von der Forderung für Wartung und Pflege von Seiten des Vaters, und es versteht sich von selbst, daß in Bezug auf die betreffenden Verwendungen weder der Gesichtspunkt der Schenkung, noch der väterlichen Ernährungspflicht zu Gunsten des Beklagten in Betracht kommen kann, da die Absicht der unentgeldlichen Leistung zum Vortheil des aus Vergehen ersatzpflichtigen Beklagten durchaus nicht zu unterstellen ist ꝛc.

In dieser Hinsicht, sowie hinsichtlich der andern Forderungsposten haben die genannten Gerichte den §. 15 des angeführten Gesetzes vom Jahr 1845 in Vergleichung mit §. 588. 591. 593 der Pr.O. richtig angewendet, indem sie keinen strengen Beweis der Größe des Schadens verlangten und nach freier Ueberzeugung billig entschieden.

Es gilt dies namentlich auch von der Unterhaltsrente. Daß bei wesentlicher Aenderung der Umstände die zuerkannte Rente später auf Antrag wieder vermindert, ja selbst ganz aufgehoben werden kann, ist in §. 16 des angeführten Gesetzes von 1845 ganz allgemein und bestimmt gesagt; eines bezüglichen Vorbehalts im Urtheile, den der Beklagte vorsorglich begehrte, bedarf es daher, als sich von selbst verstehend, nicht.

Red.

141.

Rechtsfall.

Die Zurückweisung der von dem Amtsgerichte auf Grund des §. 8 der Pr.O. dem Collegialgerichte vorgelegten Sachen, und das Verfahren hiebei.

Vergl. Annal. Bd. XXX. Ziff. 111.

Die Bestimmung des §. 8 der Pr.O. (— wornach, wenn im Lauf des amtsgerichtlichen Verfahrens ein Streitpunkt von mehr als 200 fl. Werth zur richterlichen Beurtheilung gebracht wird, die Akten auf Antrag der einen oder andern Parthei dem Collegialgericht zur weiteren Verhandlung und Entscheidung vorgelegt werden müssen) — bildet in mehrfacher Hinsicht eine Ausnahme von sonstigen Regeln, wenn auch nicht sowohl von derjenigen, daß die Gerichtsbarkeit des Gerichtes, bei welchem ein Streit anhängig geworden, bis zu dessen Beendigung fortdauert, als vielmehr insbesondere von der, daß jedes Gericht über seine Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit selbst zu erkennen hat. (§. 65 der Pr.O.) Die Ausnahme von der letzteren Regel wird durch die Schlußbestimmung des §. 8 festgestellt, welcher den Collegialgerichten die Zurückweisung einer von dem Amtsgerichte dorthin verwiesenen Sache verbietet. Es sollte durch diese Ausnahmebestimmung unleidigen (negativen) Competenzstreitigkeiten ein Riegel vorgeschoben werden. Gleichwohl aber wurden dadurch die Collegialgerichte nicht von der Willkühr der Partheien oder der Einzelrichter abhängig gemacht, und es muß vielmehr die Statthaftigkeit der amtsgerichtlichen Zuweisung in dem Dasein der allgemeinen Voraussetzungen des §. 8 begründet sein, wonach anderseits auch eine Zurückweisung von Seiten des Collegialgerichts in dem Mangel jener Voraussetzungen begründet sein kann. Als Ausnahme von der Regel unterliegt die Verfügung des §. 8 Abs. 2 einer eingeschränkten Auslegung und Anwendung: sie darf nur auf den Fall angewendet werden, der dem Gesetzgeber Anlaß zur Ertheilung der Vorschrift gegeben hat. Der Gesetzgeber wollte, daß einfache Fragen rasch entschieden und nicht zum Gegenstande von, der Sache nachtheiligen und für die Parthieen kostspieligen Grenzstreitigkeiten zwischen verschiedenen Gerichten gemacht werden; als eine derartige einfache Frage erschien ihm die Größe des Werthes eines Streitpunktes, und er überließ in dem Falle des §. 8, wie auch sonst, die Entscheidung hier-

Digitized by Google

über dem Gerichte, vor welches die Frage erstmals gebracht wird, also hier dem Amtsgerichte. Dies konnte um so eher geschehen, als es an und für sich unbedenklich war, dem Einzelrichter eine solch einfache Entscheidung anzuvertrauen, und dann, weil der Gesetzgeber von der wohlbegründeten Anschauung ausging, daß es von einem kleineren Nachtheil sei, wenn eine Sache irgend einmal unrichtigerweise an das höhere Gericht verwiesen und daselbst verhandelt werde, als wenn aus der unrichtigen Verweisung Competenzkonflicte sich entspinnen würden. An diese Entscheidung des Amtsgerichts, ob ein Streitpunkt von mehr als 200 fl. in Frage stehe, ist also das Kreisgericht gebunden, sei es nun damit einverstanden oder nicht, und sei die Entscheidung an sich richtig oder nicht. Ob aber die sonstigen Voraussetzungen einer Verweisung, insbesondere der Antrag einer Parthei, und die Rechtzeitigkeit der Antragstellung, vorhanden seien, darüber steht dem Collegialgerichte das Recht der Prüfung zu: es kann beim Mangel derselben die Sache zurückweisen — vorbehaltlich des Rechtes der betreffenden Partei, dagegen Beschwerde zu führen, §. 1157 Ziff. 2 der Pr.O. und der Befugniß des Amtsgerichts, die Entscheidung des Appellationsgerichts anzurufen, §. 62 der Pr.O. Wollte man dem Abs. 2 des §. 8 die Deutung geben, daß damit dem Collegialgericht die Prüfung der Entscheidung des Einzelrichters über die Zuständigkeitssumme nicht benommen, sondern nur verboten werden wollte, im Fall einer späteren Wiederverminderung des Streitwerthes die Sache dem Amtsgerichte wieder zurück zu geben, so stünde dieser Auslegung nicht nur entgegen, daß eine solche Vorkehr schon in dem §. 17 der Pr.O. getroffen ist, sondern auch der Umstand, daß die Quelle des Gesetzes, nämlich der §. 4 der hannover'schen Pr.O. und der demselben nachgebildete §. 8 des Entw. einer allgem. deutsch. Z.P.O. in klaren Worten sich dahin ausdrücken, daß die Verweisung des Einzelrichters das Collegialgericht binden solle — jedoch nur rücksichtlich der Zuständigkeitssumme, — vergl. Bd. II. S. 401 ff. der Protokolle der Commission für eine deutsche Civilprozeßordnung. —

Nach vorstehenden Grundsätzen wurde entschieden und eine von einem Amtsgerichte an ein Kreisgericht verwiesene Sache nicht nur von letzterem zurückgewiesen, sondern auch die hiegegen eingelegte Beschwerdeführung verworfen, — in einem Falle, in welchem der beklagte Theil gegen die bei dem Amtsgericht erhobene Klage die Einrede der Wettschlagung vorgeschützt und damit einen Streitwerth von mehr als 200 fl. eingeführt hatte, auf welche Einrede der Kläger replizirte, ohne jedoch dabei den Antrag auf Vorlage der Akten an das Kreisgericht zu stellen; dieser Antrag wurde vielmehr von dem Kläger erst in der Folge begründet, als der Beklagte jenen Streitpunkt nachträglich auch in Gestalt einer Widerklage geltend machte. Man legte Gewicht darauf, daß der klägerische Anwalt nicht schon in seiner ersten Erklärung auf die Einrede, sondern erst später, als er von der Widerklage Kenntniß erhalten hatte, die Verweisung begehrt habe, weil man fand, daß der §. 8 überall da anwendbar sei, wo im Lauf des amtsgerichtlichen Verfahrens durch Widerspruch oder anderes Vorbringen einer Parthei, — gleichviel, in welcher Form und zu welchem Zwecke, ein Streitpunkt von mehr als 200 fl. Werth zur gerichtlichen Beurtheilung gebracht wird, — eine Auffassung, welcher auch der §. 39 Abs. 2 der Pr.O. nicht entgegen steht, indem dort nur von dem Gerichtsstande der Widerklage an sich die Rede ist, und welche durch die Erwägung unterstützt wird, daß, da im §. 8 kein Unterschied zwischen Einrede und Widerklage gemacht wird, den Partheien nicht das Recht zustehen kann, im Falle einer succesiven Geltendmachung der gleichen Thatsache als Einrede und als Widerklage den Verweisungsantrag statt sofort auf die erstere, erst später auf die Widerklage zu stellen, um so weniger, als die Partheien unmittelbar nach dem Vorbringen selbst, gleichviel in welcher prozessualischen Form, und zu welchem Zwecke dasselbe stattfindet, vollkommen in der Lage sind, sich zu entschließen, ob sie den dadurch herbeigeführten Streitpunkt vor das Collegialgericht gebracht wissen wollen oder nicht. — Das Appellationsgericht hob in der Begründung seiner Verwerfung der kl. Beschwerdeführung noch hervor, daß in Folge der Einlassung des Klägers auf den Einredevortrag nach Anal. d. §. 49 der Pr.O. durch stillschweigende Prorogation die Gerichtsbarkeit des Amtsgerichts begründet worden sei und ihm dieselbe nur durch Zustimmung beider Parthieen wieder entzogen werden konnte. Daß der beklagte Theil in einem späteren Vortrag, welcher dem Kläger zur Zeit der Einlassung auf die Vernehmlassung noch nicht bekannt war, die gleiche Compensationseinrede zum Gegenstand einer Widerklage machte, das habe nicht auf die Gerichtsbarkeit, sondern nur auf

Digitized by Google

das rechtliche Begehren, das nunmehr selbstständig auf Verurtheilung des Widerbeklagten gerichtet worden, während früher nur die Abweisung des Klägers mit seiner Klage beantragt war, einen Einfluß, denn da die Compensationseinrede und die Widerklage den gleichen thatsächlichen Inhalt haben, so werde über den von dem Beklagten geltend gemachten Anspruch mit gleicher Wirkung rechtskräftig entschieden, mag der Richter die Einrede verwerfen oder den Widerkläger mit der Widerklage abweisen. —

Zu großen Zweifeln könnte noch die Frage Anlaß geben und hat auch in der That schon gegeben, in welcher Form nämlich die Zurückweisung einer von dem Collegialgerichte für unstatthaft erachteten Verweisung im Falle des §. 8 zu geschehen habe? Man konnte der Ansicht sein, daß, wenn das Amtsgericht auf Grund der §§. 8. 39 Abs. 2, 854 Abs. 4 der Pr.O dem Kreisgerichte Akten zur weitern Verhandlung und Entscheidung vorlegt, der Gerichtshof aber seine Gerichtsbarkeit nicht für begründet hält, der Anwalt des Antragstellers in analoger Anwendung des §. 1015 der Pr.O. zur näheren Nachweisung der collegialgerichtlichen Gerichtsbarkeit vorzuladen sei, um nach dessen Anhörung zunächst über die Gerichtsbarkeit zu entscheiden. Unter welchem Präjudize der Anwalt vorzuladen sei, das war freilich wiederum von äußerster Zweifelhaftigkeit und wir werden darauf gelegentlich einer besonderen Abhandlung zu §. 1015 zurückkommen. Das Kreisgericht W., welches anfänglich die angedeutete Ansicht befolgte, hat nun aber in der Folge erwogen, daß die Bestimmung des §. 1015 schon ihrem Wortlaute nach auf Fälle dieser Art nicht anschlage, vielmehr nur auf Klagen sich beziehe, welche bei dem Collegialgericht selbst eingereicht werden, und daß der bei dem Amtsgericht gestellte Antrag schon durch die Verfügung dieses Gerichtes, beziehungsweise durch die Verweisung an das Kreisgericht, seine Erledigung finde, das Kreisgericht sich also hinsichtlich der Gerichtsbarkeitsfrage formell nur gegenüber dem Amtsgericht auszusprechen habe — wonach die Zurückweisung einer auf Grund des §. 8 verwiesenen Sache in Gestalt eines einfachen Gerichtsbeschlusses geschieht, der dem Amtsgericht und den Parthieen eröffnet wird. Eisen.

142.

Durch Beschränkung seines Erbtheils auf eine bestimmte Summe durch eine Verfügung des Erblassers verliert der gesetzliche Erbe diese seine Eigenschaft nicht.

Der Erblasser kann mittelst solcher Verfügungen Anordnungen treffen, welche schon die Theilung seines Erbes enthalten und gleich einer Erbtheilung wirken.

Auch aus einer solchen Theilung erwächst das nach L.R.S. 2109 zu wahrende Vorzugsrecht, an dessen Stelle das nach L.R.S. 2113 gewahrte Unterpfandsrecht tritt.

In Sachen

der Wittwe des Johann Kaufer von St. Ulrich, jetzt Ehefrau des Joseph Rees in Horben, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin

gegen

die Ehefrau des Michael Wirbel, Klara geborene Kaufer von Bollschweil, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,

Ausstreichung eines Pfandeintrags betreffend,

war durch Urtheil der Civilkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg vom 5. Nov. 1866, No. 3924, die Klägerin unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits mit der erhobenen Klage abgewiesen worden.

Der Appellationssenat desselben Gerichtshofes änderte jedoch am 29. Januar 1867 das Urtheil der Civilkammer unter Verfällung der Beklagten, Appellatin, in die Kosten beider Instanzen dahin ab:

Der Eintrag im Unterpfandsbuch der Gemeinde St. Ulrich vom 15. Dezember 1865 Band II. Fol. 135 No. 62 seie zu streichen, vorbehaltlich der Verbindlichkeit der Klägerin, für die Forderung der Beklagten im Betrag von 1000 fl. als Nutznießerin Sicherheit zu leisten.

Auf die von der Beklagten hiegegen ergriffene Oberappellation wurde am 10. September 1867 von großh. Oberhofgericht zu Recht erkannt:

daß das Urtheil des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg aufzuheben und das Urtheil der Civilkammer jenes Gerichtshofes wiederherzustellen sei, unter Verfällung der Klägerin in sämmtliche Kosten aller drei Rechtszüge.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe:

Die Oberappellationsbeschwerde der Beklagten erscheint als begründet. Die Anwendbarkeit des L.R.S. 2103 No. 3 setzt voraus, daß Miterben, also mehrere Erben vorhanden sind. An diesem Erforderniß gebricht es im vorliegenden Fall nicht, indem die Klägerin in Folge der Bestimmung No. III. ihres Ehevertrags als vertragsmäßige, die Beklagte aber, welche als Dritte aus diesem Vertrage keine Rechte ableiten kann, lediglich als gesetzliche Erbin zum Nachlaß des Johann Naufer berufen ist; als solche trat sie nach L.R.S. 724 in Besitz und Gewähr dieses Nachlasses. —

Durch jene Bestimmung des Ehevertrags ist der Beklagten die Eigenschaft einer Erbin nicht entzogen und dieselbe insbesondere nicht in die Kategorie einer Erbschaftsgläubigerin versetzt worden, da ihr Recht nicht schon gegen die Person des Erblassers bestanden hatte, sondern erst mit seinem Tode entstanden ist.

Als gesetzliche Erbin mußte sie vor Allem bezüglich der ihr zukommenden 1000 fl. befriedigt, beziehungsweise gesichert sein und hat sie zu diesem Zweck auf das Vorzugsrecht des L.R.S. 2103 No. 3 Anspruch. Es steht nicht entgegen, daß eine weitere Theilung des Nachlasses unter den Erben nicht nöthig fiel; dadurch daß der Erblasser im Ehevertrag in erlaubter Weise dem klagenden Theil sein ganzes Vermögen, mit Ausnahme des bloßen Eigenthumsrechts an 1000 fl. zuwendete, hat er selbst diejenige Anordnung getroffen, welcher die Natur einer Theilung zukommt, und welche daher auch alle Wirkungen einer solchen äußern muß, da sie an die Stelle derjenigen Theilung tritt, durch welche in Fällen, wo nach dem Tode des Erblassers unter mehreren Personen eine Gemeinschaft bezüglich seines Nachlasses besteht, diese Gemeinschaft aufgehoben wurde.

Wenn es sich in dem vorliegenden Falle auch nicht um ein Gleichstellungsgeld handelt, das ein Erbe dem andern schuldet, so findet jedenfalls der Grund und Zweck des Gesetzes — Sicherstellung des Erben durch ein Vorzugsrecht auf sämmtliche im Nachlasse befindlichen Liegenschaften — hier vollkommen Anwendung.

Mag daher der Erblasser selbst die Theilung vornehmen, oder mag dieselbe erst nach seinem Tode unter den Betheiligten vorgenommen werden — für beide Fälle muß die Bestimmung des L.R.S. 2103 No. 3 Anwendung finden, und sie gewährt die entsprechende Sicherheit, insofern dieses Vorrecht nach L.R.S. 2109 gewahrt worden ist; sie verleiht nach L.R.S. 2113 durch Eintrag in das Pfandbuch wenigstens ein vom Tage des Eintrags wirksames Unterpfandsrecht. Es war mithin der Beklagten statt des Vorzugsrechts des L.R.S. 2103 No. 3, da dieses nicht durch einen Eintrag in das Grundbuch, wie L.R.S. 2109 vorschreibt, gewahrt worden ist, das durch Eintrag in das Pfandbuch erworbene Unterpfandsrecht des L.R.S. 2113 als zu Recht bestehend anzuerkennen und hiernach das erstinstanzliche Urtheil wieder herzustellen. Die Entscheidung wegen der Kosten stützt sich auf §. 170 der Pr.O. Red.

143.

Landrechtsatz 1888 verbietet nur die unzeitige Rückforderung der geliehenen Sache.

Das Kreis- und Hofgericht Mannheim (Civilkammer) sprach sich in Sachen Reinhard gegen Reinhard hierüber in Folgendem aus:

Gestützt auf L.R.S. 1888, nach welchem der Ausleiher die geliehenen Sachen nicht zurücknehmen, d. i. zurückfordern kann, ehe die bedungene Zeit abgelaufen, oder, wo Nichts ausbedungen ward, ehe der Zweck, wofür sie entlehnt wurden, erreicht ist, begehrt der Beklagte die Abweisung der auf Rückgabe der 80 unterm 28. August 1865 geliehenen badischen Zinkactien gerichteten Klage, wenigstens zur Zeit, weil sie ihm ausweislich seines Scheines zum Zweck einer Hinterlegung geliehen wurden, und er das Darleben, für welches er das Faustpfand gegeben habe, noch schulde, auch gegenwärtig wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage sei, durch Rückzahlung desselben sich in den Besitz der Actien zu setzen, während andrerseits der Kläger ein dringendes und unvorhergesehenes eigenes Bedürfniß im Sinne des L.R.S. 1889 schon deßhalb nicht habe, weil die Actien werthlos seien.

Allein diese Einwendungen des Beklagten sind nicht zu berücksichtigen, und die von ihm versuchte Auslegung des L.R.S. 1888 würde den Ausleiher geradezu von dem guten Willen des Entleihers abhängig machen, der einfach die Rückgabe der geliehenen Sache unterlassen dürfte, um auf unbestimmte, von seiner Willkür abhängende Zeit dem Ausleiher die Disposition über sein Eigenthum zu entziehen. Dies ist aber keineswegs die Absicht des Gesetzes, vielmehr soll nur, falls keine Zeit zur Rückgabe bestimmt ist, der Ausleiher nicht zur Unzeit, ehe der be-

Digitized by Google

absichtigte Zweck erreicht ist, den Entleiher auf Rückgabe drängen.

(Vrgl. l. 17 §. 3 D. commodati vel contra: postquam commodavit, tunc finem praescribere et retroagere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit — —.)

Von einer Rückforderung zur Unzeit kann aber hier nicht gesprochen werden, nachdem Kläger dem Beklagten schon über 1½ Jahre die Benützung gelassen hat; er hat alles Recht, nunmehr wieder die freie Disposition über sein Eigenthum zu erhalten, und es kann dabei auf die Frage, ob und welchen Werth die badischen Zinkactien darstellen, nicht ankommen, während anderseits die durch Vermögenslosigkeit etwa bedingte Unmöglichkeit der Rückgabe nicht hier, sondern erst im Vollstreckungsverfahren in Betracht kommen kann.

Heinsheimer.

144.

Die Klage aus L.R.S. 840 auf endgültige, statt der nur fürsorglich vorgenommenen Theilung, ist eine Erbtheilungsklage, unterliegt daher nicht der 10jährigen Verjährung des L.R.S. 1304.

In Sachen

der Wittwe des Andreas Rosenfelder, Katharina geb. Heitzmann von Peterzell, zur Zeit in St. Georgen, für sich und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder &c., Kläger, Appellaten, Oberappellaten,

gegen

die Erben der Jakob Rosenfelders Eheleute von Peterzell, jetzt noch Christine Rosenfelder, Wittwe des Adlerwirths M. Wintermantel in St. Georgen und Gottlieb Rosenfelder in Peterzell, Beklagte, Appellanten, Oberappellanten,

Erbtheilung betreffend,

wurde dem Antrag der Kläger, es sei die auf Ableben der Jakob Rosenfelder'schen Eheleute von Peterzell im Jahre 1852 in Abwesenheit des Andreas Rosenfelder vorgenommene Erbtheilung als eine nicht endgiltige zu betrachten, und seien die Beklagten demgemäß schuldig, eine neue Erbtheilung unter Zuzug sämmtlicher Interessenten vornehmen zu lassen, und haben dieselben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, in allen Instanzen entsprochen, und in den

Entscheidungsgründen

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 17. September 1867 noch folgende weitere Bemerkungen beigefügt:

Wenn die Beklagten, Oberappellanten, die jetzt in Frage stehende Klage auch aus dem Grunde als unzulässig darzustellen suchen, weil dieselbe nicht zugleich gegen ihre Kinder gerichtet sei, obgleich Letztere — als in den elterlichen Testamenten eingesetzte Aftererben — bei der Erbtheilung von 1852 mitgewirkt und Rechte daraus abzuleiten hätten, so steht Dem entgegen, daß die Klage nicht auf Umstoßung jener Theilung, als eines bis jetzt zu Recht bestandenen Akts, geht und daher auch nicht gegen alle Personen, welche dazu mitgewirkt hatten, zu richten war, daß sie vielmehr, — weil sie die ohne Mitwirkung des Andreas Rosenfelder oder eines Vertreters desselben zu Stande gekommene Theilung als einen Akt darstellt, der seine Rechte in keiner Weise berühren konnte, und daher auch nicht geeignet war, die zwischen ihm und seinen gesetzlichen Miterben bestehende Gemeinschaft aufzuheben, — eine bloße Theilungsklage ist und daher nur gegen jene Miterben zu richten war.

Die weitere Einwendung der Beklagten, welche darauf gestützt ist, daß die klagenden Kinder des Andreas Rosenfelder, indem sie sich der von ihrer Mutter als Theilhaberin der ehelichen Gütergemeinschaft erhobenen Klage anschlossen, nur die Hälfte des Antheils beansprucht hätten, welcher ihrem Vater am Nachlasse seiner Eltern zukomme, stellt sich im Hinblick auf die Untheilbarkeit des Klagbegehrens als unerheblich dar.

Wäre endlich die Einrede der 10jährigen Verjährung, welche Beklagterseits auf Grund des L.R.S. 1304 vorgeschützt wurde, auch auf die in erster Reihe erhobene, jetzt in Frage stehende Klage zu beziehen, so müßte sie als unbegründet verworfen werden, weil diese Klage — wie bemerkt — nicht auf Vernichtung oder Umstoßung der Theilung von 1852 gerichtet, somit auch nicht als eine Klage im Sinne des L.R.S. 1304 aufzufassen ist.

Oberhofg. Jahrb. n. F. XIII. S. 255. Red.

Hiezu: Beilage, Tagesordnung des großh. Oberhofgerichts pro Januar 1868. Nr. 12.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Beilage
zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 12.

Tagesordnung des großherzoglichen Oberhofgerichts
für den
Monat Januar 1868.

Rolle No.	Verhandlungstag und Betreff.	Anwälte.
	Dienstag den 7. Januar.	
69	Helfenstein gegen Christ. — Miethstörung.	Fürst. — Gernandt.
142	Luck gegen Stattelmann. — Vertragserfüllung.	Jutt. — Grimm.
	Donnerstag den 9. Januar.	
110	Köchlin gegen von Herrmann. — Forderung.	Geißmar. — Esser.
117	v. Fürstenberg gegen Flinsch. — Forderung.	Esser. — Wedekind.
	Dienstag den 14. Januar.	
119	Sporer gegen Sporer. — Ehescheidung.	Geißmar. — Esser
123	Dettelbach gegen Oettinger. — Stiftungsanspruch.	Bertheau. — Geißmar.
	Donnerstag den 16. Januar.	
114	Harter gegen Weil. — Unterpfandsabtretung.	Burger. — v. Feder.
124	Steinmetz gegen Maisch. — Cessionsnichtigkeit.	Geißmar. — Grimm.
	Dienstag den 21. Januar.	
120	Stoll gegen Kirchhofen. — Wasserbenutzung.	Esser. — Buch.
122	Say gegen Frank. — Vertragserfüllung.	Fürst.
	Donnerstag den 23. Januar.	
116	Kettner gegen Gallion. — Forderung.	Fürst. — A. Gutmann.
106	Merkel gegen Hassinger. — Vertragserfüllung.	Krämer. — A. Gutmann.
	Dienstag den 28. Januar.	
112	Röthenbach gegen Löffingen. — Armenfondtheilung.	v. Engelberg.
113	Hasenfuß gegen Käppner. — Wässerungsrecht.	Grimm. — Eberstein.
	Donnerstag den 30. Januar.	
144	Mehrere Gläubiger gegen Freiherr v. Böcklin. — Sustentation.	
121	von der Leyen gegen Fiscus. — Dienstbarkeit.	Bertheau. — v. Feder.

Digitized by Google

Soeben erschien und ist durch die Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim zu beziehen:

Les

Codes annotés de Sirey,

contenant toute la jurisprudence des arrêts et de la doctrine des auteurs; par P. Gilbert, l'un des principaux Rédacteurs du Recueil général de Lois et des Arrêts, avec le concours (pour la partie criminelle) MM. Faustin Helie, Conseiller à la Cour de cassation, et Cuzon, Avocat à la Cour impériale de Paris. 1866—67. 4 vol. gr. in-8. avec le Supplément. . . fl. 27. 30.

Se vend séparément:

Supplément

aux

Codes annotés de Sirey,

résumant la Jurisprudence, la Doctrin et la Législation, depuis la publication des Codes annotés jusqu'à ce jour; par Jean Sirey, Avocat à la Cour impériale de Paris, sous la direction de M. P. Gilbert. 1866—67. 1 vol. gr. in-8. . . . . fl. 9. —

PRIX DES SUPPLÉMENTS RÉUNIS:

SUPPLÉMENT aux Codes Napoléon, de Procédure et de Commerce, pris ensemble. . . . . fl. 7. 30.
— aux Codes Napoléon et de Procédure ensemble. . . . . . fl. 6. 30.
— aux Codes de Procédure et de Commerce, ensemble. . . . fl. 3. 45.

PRIX DES SUPPLÉMENTS ISOLÉS POUR CHACUN DES CODES:

SUPPLÉMENT au Code Napoléon. . . . . fl. 5. 15.
— au Code de Procédure. . . . . fl. 2. 45.
— au Code de Commerce. . . . . fl. 1. 45.
— aux Codes d'Instruction criminelle, Pénal et Forestier ensemble. . . . . fl. 3. 15.

PRIX DES CODES Y COMPRIS LES SUPPLÉMENTS:

Les Codes complets avec Supplément, 4 forts vol. gr. in-8° ou in-4°. . . . fl. 27. 30.
Le Code Napoléon avec Supplément, pris séparément. . . . . fl. 13. —.
Le Code de Procédure avec Supplément, pris séparément. . . . . fl. 9. 30.
Le Code de Commerce avec Supplément, pris séparément. . . . . fl. 6. —.
Les Codes d'Instruction criminelie, Pénal et Forestier avec Supplément, pris ensemble. . . . . fl. 9. —.

PRIX DES CODES AVEC SUPPLÉMENT RÉUNIS COMME IL SUIT:

Napoléon, Procédure et Commerce, ensemble. . . . . fl. 23. 30.
Napoléon et Procédure, ensemble. . . . . fl. 21. —.
Procédure et Commerce, ensemble . . . . fl. 13. —.

Zugleich nehme Veranlassung, mein bedeutendes Lager deutscher und französischer Jurisprudenz, sowohl neu als antiquarisch, bei billigen Preisen zur geneigten Abnahme bestens zu empfehlen.

Mannheim, den 1. Dezember 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 45.

145.

Durch 30jährigen Besitz eines Wittumsguts ersitzt die Pfarrei das Eigenthum an demselben.

Die in L.R.S. 2230 begründete Vermuthung, daß die Pfarrei diesen Besitz in eigenem Namen aus Eigenthumstiteln ausübe, kann die Gemeinde nur im Wege des Gegenbeweises entkräften.

In Sachen
der evangelischen Pfarrei Münzesheim, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin
gegen
die Gemeinde Münzesheim, Beklagte, Appellatin, Oberappellantin,
Anerkennung des Eigenthums am Wittumsgute betreffend,

hatte die Klägerin mit der erhobenen Klage die Anerkennung des von ihr auf Grund dreißigjähriger Ersitzung an dem fraglichen Wittumsgute beanspruchten Eigenthums verlangt, war aber durch Urtheil des großh. Amtsgerichts Bretten vom 5. März 1864, No. 2197, unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage zur Zeit abgewiesen worden. Durch Urtheil des großherzoglichen Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe, Appellationssenat, vom 16. Januar 1867, No. 91, wurde jedoch das amtsgerichtliche Urtheil dahin abgeändert:

„die Beklagte, Appellatin wird für schuldig erklärt, das alleinige und unbeschränkte Eigenthumsrecht der Klägerin, Appellantin, an dem in §. 2 der unterm 23. November 1863 bei großh. Amtsgerichte Bretten eingereichten Klage näher beschriebenen Wittumgute anzuerkennen und hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen;" —

und dieses auf die, von der Beklagten hiegegen ergriffene, Oberappellation von großh. Oberhofgericht am 10. September 1867, unter Verfällung der Beklagten, Oberappellantin, auch in die Kosten des dritten Rechtszuges bestätigt.

Entscheidungsgründe:

Daß die kl. Pfarrei, nachdem der Eintrag des Wittumsguts zum Grundbuche verweigert und bei dem darauf eingeleiteten Aufforderungsverfahren ihr Eigenthumsanspruch nur von der beklagten Gemeinde bestritten worden war, an der alsbaldigen Entscheidung hierüber ein rechtliches Interesse hat und deßhalb nach §. 278 der Pr.O. von 1851 (§. 256 der neuen Pr.O.) auf Anerkennung des behaupteten Rechtsverhältnisses, auch ohne vorausgegangene thatsächliche Besitzstörung Seitens der Beklagten, sofort zu klagen berechtigt war, daß ferner gemäß L.R.S. 2262 vergl. mit L.R.S. 544e. 2229. 2230 zur Begründung obiger Klage die Thatsache des dreißigjährigen Besitzes genügte, demnach die Klägerin nur diese Thatsache zu erweisen hatte, es dagegen Sache der Beklagten gewesen wäre, die der Klägerin nach dem vorerwähnten L.R.S. 2230 zur Seite stehenden Rechtsvermuthung, daß sie in eigenem Namen und aus Eigenthumstiteln besitze, im Wege des Gegenbeweises zu entkräften, — wurde in den Entscheidungsgründen der zweiten Instanz dargethan ꝛc.

Jenen Beweis, hat nun aber die klagende Pfarrei theils durch die Zugeständnisse der Beklagten, insbesondere hinsichtlich des von der Klägerin mehr als 30 Jahre hindurch ausgeübten Besitzes, theils durch die vorgelegten Urkunden vollständig erbracht, wogegen der Beklagten der angetretene Gegenbeweis, namentlich in Bezug auf ihre Behauptung, daß das in Frage stehende Wittumgut ursprünglich Gemeindeeigenthum gewesen und der klägerischen Pfarrei nur ein Nutznießungsrecht daran eingeräumt worden sei — nicht gelungen ist.

Das sogenannte geistliche Lagerbuch vom Jahr 1662 spricht zwar von einem Genußrecht des Pfarrherrn zu Münzesheim an dem Wittumgute; allein daraus, daß der jeweilige Pfründnießer nur dieses Recht hat, folgt nicht daß der Titel der Pfarrei selbst auch nur in einem Nutznießungsrechte bestehe.

Ebensowenig ist der von der beklagten Gemeinde angerufene Grundsteuerzettel geeignet, der Klägerin gegenüber den Gegenbeweis zu erstellen, weil weder be-

Digitized by Google

hauptet, noch weniger nachgewiesen wurde, daß die Pfarrei bei Errichtung jener Urkunde mitgewirkt hätte, oder deren Inhalt in irgend einer Weise von ihr anerkannt worden wäre. Red.

146.

1) Zur Provocation nach Pr.O. §. 674 genügt die mündliche oder schriftliche Behauptung von Ansprüchen.

2) Es darf aber dem Provocanten nicht selbst eine Klage zustehen.

3) Zur Provocation auf die Vindicationsklage muß man Besitzer der Liegenschaft sein.

4) **Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.**

Schieferdecker Brassеur in Mannheim erwarb im Jahre 1846 von Schieferdecker Bechel außer einem Wohnhause eine Arbeitsstätte mit Umfassungsmauern und Bordwänden auf einem der Stadt zinspflichtigen Allmendboden am Neckar. Als dieser Platz, den Brasseur seit vielen Jahren als Kohlenplatz an eine hiesige Kohlenhandlung verpachtet hatte, ohne zur Zahlung des Allmendzinses mit jährlich 3 fl. angehalten worden zu sein, im jüngsten Frühjahre von dem Eisenbahnbaufiscus expropriirt wurde, erhoben sowohl die Stadtgemeinde als Brasseur Anspruch auf den Kaufpreis für den Grund und Boden (den Preis der Arbeitshütte und Umfassung beanspruchte die Stadtgemeinde nicht), und Brasseur erhob nun gegen die Stadt eine Provocationsklage, mit welcher er indessen von hiesiger Civilkammer aus folgenden Entscheidungsgründen abgewiesen wurde:

„Gegen die Statthaftigkeit der von Schieferdecker Brasseur ausgegangenen Provocation zur Klage hat die Stadtgemeinde in erster Reihe eingewendet, daß nach dem eigenen Vortrage des Provocanten sie nicht etwa eines Eigenthumsanspruchs sich berühmt, den Provocanten diffamirt, sondern einfach ihr Eigenthum an dem in Frage stehenden Gewerbeplatze behauptet habe. Allein schon nach gemeinem Rechte war nicht etwa eine bestimmte Definition der als Voraussetzung einer provocatio ex lege diffamari nöthigen Berühmung gegeben; es wurde damit keineswegs streng genommen;

Linde, Civilprozeß §. 337 n. l. („auf irgend eine Art"),

Bayer, summarische Prozesse §. 53,

nach unserer badischen Prozeßordnung aber kann nicht der geringste Zweifel bestehen, daß die mündliche oder schriftliche Behauptung bestimmter Ansprüche zur Provocation nach Pr.O. §. 674 genügt. Es wäre auch in der That nicht abzusehen, in welch wirksamerer Weise der Diffamant sollte auftreten können, als wenn er den Kaufpreis für ein expropriirtes Gut, das nach der Behauptung des Provocanten diesem gehört, bei der expropriirenden Behörde für sich in Anspruch nimmt. Der Wortlaut des §. 674 „der mündlich oder schriftlich behauptet **oder** ausstreut," beseitigt jeden Zweifel.

Oberhofg. Jahrb. VIII. 534.

Dagegen erscheint die Provocationsklage nach §. 676 aus dem Grunde unstatthaft, weil dem Auffordernden selbst eine Klage zusteht.

Seitens des Provocanten ist freilich mit Recht geltend gemacht worden, es könne sich in gegenwärtiger Sachlage nur um die von dem Einen oder Andern zu erhebende Eigenthumsklage handeln und nach allgemeinen Grundsätzen sei die rei vindicatio von dem nichtbesitzenden Eigenthümer gegen den besitzenden Nichteigenthümer anzustrengen. Indessen konnte der Gerichtshof dem Provocanten in der Beziehung nicht beipflichten, daß er Besitzer des fraglichen Gewerbeplatzes sei, welche Eigenschaft zur Provocation auf die Vindikationsklage erforderlich ist.

Linde § 336. n. 12.

Schieferdecker B. hat in seiner Provocationsklage, wie in der vorangegangenen Correspondenz, als seinen Eigenthumstitel den Eintrag im Grundbuche hiesiger Stadt unter Berufung auf die Verjährung bezeichnet. Dieser Eintrag besagt aber, daß Bechel am 19. Novbr. 1846 durch Leibrentenvertrag dem B. übergeben habe:

„b) seine Arbeitshütte sammt Umfassungsmauern und Bordwänden auf dem der Stadtcasse Mannheim mit jährlichen 3 fl. zinspflichtigen Allmendboden am Neckar dahier."

Unzweifelhaft hat B. hiernach zur Zeit des Eintrags in das Grundbuch am 15. Januar 1847 das Eigenthum dieses Arbeitsplatzes nicht behauptet; er hat sich als zinspflichtig gegenüber der Stadt für Benützung des Allmendbodens erklärt, und wenn auch die Bezahlung dieses Grund- oder Pachtzinses vollständig unterblieben ist, und ein solcher Zustand, was hier seit dem Eintrage

nicht der Fall ist, über 30 Jahre angedauert hätte, so kann B. auf diesen Titel weder einen sofortigen Eigenthumserwerb behaupten, noch einen solchen auf Verjährung gründen, Ersteres nicht, weil der Titel selbst sein Nichteigentbum constatirt, Letzteres nicht, weil der Besitz, um durch Usucapion zum Eigenthum zu führen, auf einer justa causa, einem justus titulus beruhen muß, auf justa possessio aber in dieser Richtung derjenige sich nicht berufen kann, welcher zum Besitze durch ein Precarium gelangt ist. Zu den precären Besitzarten gehören aber alle diejenigen, bei welchen man von Anfang an in fremdem Namen besitzt, so bei Pacht und Miethe.

Puchta, Pandecten §. 124.

Troplong zum Satze 2240 n. 524—526.

Nach L.R.S. 2240 kann Niemand in dem Sinne gegen seinen Titel ersitzen, daß er sich selbst Anfang und Ursache seines Besitzes änderte. Der Pächter mag noch so lange die Zahlung seines Pachtzinses unterlassen haben, er kann nicht, ohne das Dazwischentreten einer dritten Ursache, zum animus possessionis, der für den Usucapionsbesitz genügt, gelangen.

> Illud quoque a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse. l. 3 §. 19. D. de adquirenda vel amittenda possessione.
>
> Puchta, Pandecten §. 124 nota g.

Nach den gemeinrechtlichen Quellen kann derjenige, welcher nur in precärer Weise besitzt, nicht durch seinen bloßen Willen zur justa causa possessionis gelangen; l. 5 Cod. de acquirenda et retinenda possessione besagt:

> colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum,

l. 19 §. 1. D. l. c.:

> si quis dimissa possessione prima ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Es muß also eine neue, andere, selbstständige Erwerbsursache dazwischen treten, um aus einem precären Besitze einen Eigenthumsbesitz zu machen.

Hiernach erscheint der Provocant B., soweit er sich auf den Grundbuchstitel beruft, als Nichtbesitzer, indem er als zinspflichtig nur Namens der Stadtgemeinde besitzt; er kann auf diesen Titel hin die besitzende Stadtgemeinde nicht zur rei vindicatio provociren, und es muß ihm überlassen werden, mit der rei vindicatio gegen die Stadt aufzutreten, wenn er extrinsecus accedente causa, ex alia causa als nichtbesitzender Eigenthümer mit dieser Klage aufkommen zu können vermeint."

Die deßhalb erfolgte Verwerfung der Provocationsklage als unstatthaft (Pr.O. §. 676) wurde auf ergriffene Appellation vom Appellationssenate des großherz. Kreis- und Hofgerichts Mannheim unter Adoptirung der unterrichterlichen Entscheidungsgründe bestätigt.

Heinsheimer.

147.

Aufrechnung einer Abschlagszahlung auf ein verzinsliches Kapital. L.R.S. 1254.

In der Zahlung liegt ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung. L.R.S. 2221.

In Sachen

des Adolf Huber von Blumberg, jetzt in Freiburg, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

die Wittwe des Johann Martin Röthenbacher, Magdalena geb. Albrecht, nunmehrige Ehefrau des Jakob Glunk von Füzen, für sich und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

enthalten die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 8. November 1867 folgende Ausführung über die in der Aufschrift bezeichneten Rechtsverhältnisse:

„Den Hauptgegenstand der Beschwerde bildet die Verwerfung der Einrede der Zinsenverjährung bezüglich des Klagpostens I. 1, beziehungsweise die Aufrechnung der, am 23. April 1858 auf das vom 23. April 1851 verzinsliche Gleichstellungsgeld von 2000 fl. geleisteten, Abschlagszahlung von 1000 fl. auf die am 23. April 1851 an erlaufenen Zinsen.

Die Beklagten, welche in erster Reihe einwenden, außer dieser Zahlung schon im Februar 1855 eine solche von 1000 fl. und den bis dahin erwachsenen Zinsen geleistet und mit jener auch die vom 1. Februar 1855

Digitized by Google

bis zum 23. April 1858 erlaufenen Zinsen gezahlt zu haben, verbanden mit dieser Einrede fürsorglich die der Zinsenverjährung auf Grund des L.R.S. 2277. Der mit der Einwendung völliger Zahlung der Zinsen im Widerspruch stehenden Einrede der Verjährung ist aber die in L.R.S. 1254 aufgestellte Regel entgegengehalten und von den Beklagten ist nicht behauptet, daß bei der Zahlung eine Ausnahme von derselben bedungen worden sei.

Durch die unbedingt geleistete Zahlung hat aber der Erblasser der Beklagten auf die Einrede der Verjährung, soweit sie zur Zeit der Zahlung begründet gewesen wäre, stillschweigend verzichtet,

L.R.S. 2221.

Zachariä §. 776 Note 1 Bd. IV. S. 518,

es kommt demnach den Beklagten, als seinen Rechtsnachfolgern, nicht die Befugniß zu, die Aufrechnung jener Zahlung auf die damals noch nicht verjährten Zinsen zu beschränken.

Zachariä §. 775 Note 2 Bd. IV. S. 516.

Der Gläubiger dagegen hat zwar an und für sich das Recht, nachträglich auf jene gesetzliche Regel zu verzichten und die Aufrechnung der Zahlung ausschließlich auf das Kapital zu gestatten; allein dieses Recht kann er nach Uebertragung der Forderung auf einen Andern nicht mehr ausüben. Der Erklärung des Fidel Röthenbacher, welche überdies zu unbestimmt gehalten ist, als daß die Absicht, einen solchen Verzicht auszusprechen, darin gefunden werden könnte, kann daher keinerlei Wirkung äußern und das Urtheil II. Instanz ist in dieser Beziehung vollkommen gerechtfertigt ꝛc.

Red.

148.

Zwei Fragen aus dem Expropriationsgesetze vom 28. August 1835.

§. 1. 24. 25. 32. L.R.S. 545. Verfassungsurkunde §. 14.

Der Rechtsstreit zwischen dem großh. **Fiscus** und dem Hammerwerksbesitzer **Haiß** in Haslach, Zwangsabtretung und Entschädigung betreffend, rief eine Reihe von Streitfragen hervor, von welchen zwei der Veröffentlichung besonders werth zu sein scheinen, theils wegen der Wichtigkeit des entscheidenden Grundsatzes, theils wegen der Seltenheit des Vorkommens, so daß eine Gerichtsübung sich nicht leicht bilden kann.

Oberhalb Haslach zweigt sich aus der Kinzig ein Bächlein ab, das den Name „Mühlkanal“ führt, zuerst die Stadtmühle speist, und dann noch einige Wasserwerke treibt, bis es sich weiter unten mit der Kinzig wieder vereinigt.

Die Stadtmühle war früher Eigenthum der Stadt Haslach. Im J. 1811 verkaufte sie dieselbe nebst einigen oberhalb an den Ufern des Mühlkanals gelegenen Matten. Nach einigen Rechtsübergängen kam diese Liegenschaft an Mathäus **Haberer**, welcher im J. 1842 einige oberhalb der Mühle gelegene den „Mühlkanal“ begrenzende Strecken der gedachten Matten „**nebst einem unbeschränkten Wasserrechte**“ dem Hammerschmiede Haiß verkauft hat.*) Letzterer besaß dort schon Matten und kaufte drei Tage darauf von Wendelin **Steinbrücker** eine größere ebenfalls an den Mühlkanal anstoßende Wiese, so daß er dort jetzt ein ansehnliches Areal rechts und links des Mühlkanales vereinigt hatte. Auf den von Haberer erkauften Wiesen beabsichtigte er eine Hammerschmiede zu errichten, und kam im Jahre 1843 bei der Verwaltungsbehörde unter Vorlage der Baupläne um die Erlaubniß ein. Diese hörte zuerst die Anlieger des Mühlkanals, von welchen nur die fürstlich-fürstenbergische Standesherrschaft, welche unterhalb des Mühlkanals liegende Wiesen besitzt, gegen die Errichtung des Wasserwerkes Einsprache erhob, weil sie fürchtete, daß die Dämme des Kanals bei der zur Betreibung des Werkes nothwendigen Spannung des Wassers nicht hinreichenden Schutz gegen Ueberschwemmungen bieten und dadurch Beschädigungen ihrer Wiesen verursacht würden. Die darüber zum Berichte aufgeforderte Wasser- und Straßenbauinspection erwiederte: „In technischer Beziehung lasse sich gegen das Vorhaben des Haiß durchaus nichts einwenden, die landwirthschaftlichen Interessen aber halte sie für wesentlich gefährdet, und es scheinen die von dem f.f. Rentamte Wolfach gemachten Einwendungen um so mehr begründet, als Haiß die Güter durch die **projektirten** Dammanlagen nicht so zu schützen im Stande sei, daß denselben er-

*) Haiß legte eine Urkunde vor, wornach er für dieses „Wasserrecht“ allein 2200 fl. bezahlt hat, während nach dem Kaufbrief der Preis für die Liegenschaft nur 500 fl. beträgt.

Der Eins.

Digitized by Google

weislich kein Schaden zugebe. Es werde also Haiß an die Errichtung der Werke erst dann gehen können, wenn er im gütlichen Wege mit den Feldbesitzern längst der zu erbauenden Dämme sich abgefunden habe.“ Auf Eröffnung dieses Berichtes erklärte Haiß: „Ich will mich zuerst mit den Feldbesitzern gütlich abfinden, und bis dahin bitte ich die Sache auf sich beruhen zu lassen.“ So blieb denn auch diese Angelegenheit beruhen, bis zur Erbauung der Kinzigthalbahn. Die Baubehörde bedurfte zur Anlegung des Schienenweges die durch Haiß von Haberer erkaufte Liegenschaft, namentlich auch weil eine Verlegung des Mühlkanals gerade an jener Strecke nöthig wurde. Sie bot dann Haiß für die enteigneten Matten eine Entschädigung. Dieser aber verlangte noch weiter eine solche für die Entziehung der Wasserkraft, da er von Haberer außer den Matten „ein unbeschränktes Wasserrecht“ gekauft habe.

Darüber *) entspann sich nun ein Rechtsstreit, in welchem besonders die zwei Fragen:

*) so wie über andere Punkte, welche hier übergangen werden müssen. Nur in Kürze zwei Punkte anzudeuten, möge gestattet sein:

1) Der Fiscus bestritt dem Haiß das Eigenthum an dem Wasser, da er nur ein **Benützungsrecht** an demselben haben könne, weil es ja einer Reihe von andern Wasserwerkbesitzern diene. Allein die Civilkammer wies aus den Verträgen nach, „daß der Mühlkanal zur Betreibung der Stadtmühle angelegt, und daß das Recht des jeweiligen Besitzers derselben über den Kanal unbeschränkt zu verfügen, immer anerkannt worden sei.“

Dieser Nachweisung fügte der Appellationssenat bei, daß selbst der Erwerb des Benützungsrechtes an dem Wasser nebst dem anliegenden Gelände für den vorliegenden Rechtsstreit genüge. „Denn da das fließende Wasser ewig sich erneut, und durch das neu herbeiströmende verdrängt wird, so kann ein eigentliches Eigenthum daran gar nicht gedacht werden. Es ist vielmehr immer die Benützung des Wassers, und das umliegende Gelände, was den Gegenstand des Eigenthums bildet.“

2) Nach §. 32 des Expr.Ges. glaubte der Fiscus nicht den vollen Werth der dem Haiß verloren gehenden Wasserkraft ersetzen zu müssen, sondern nur eine Vergütung für den Minderwerth leisten zu dürfen, da, wenn auch unter viel ungünstigeren Verhältnissen der Beklagte doch immer noch im Stande sei, auf dem ihm übrig bleibenden Theil seiner an den Mühlkanal anstoßenden Liegenschaften ein Wasserwerk zu errichten. Auf die Frage des Gerichts, wo dieses Werk errichtet werden könne, bezeichnete er die durch Haiß von Steinbrücker erkaufte Wiese. Der Appellationssenat, an welchen dieses Begehren gerichtet worden war, verwarf jedoch dasselbe, da „diese Wiese weder Gegenstand des Enteignungsverfahrens war, noch je einen Theil der Liegenschaften gebildet hatte, welche von der Entäußerung ergriffen worden sind.“ Der Eins.

1) **Ist eine Wasserkraft, welche noch nicht Theil eines Wasserwerkes, das sie treibt, geworden ist, Gegenstand der Expropriation?**

2) **Ist der Staat auch dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn die Verwaltungsbehörde ihre Erlaubniß zur Errichtung eines von dieser Wasserkraft zu treibenden Werkes noch nicht ertheilt hat? und überschreitet der Richter nicht seine Befugnisse durch Zuerkennung einer Entschädigung, während es nur der Verwaltungsbehörde zusteht, die Erlaubniß zur Errichtung eines Wasserwerkes zu geben?**

Gegenstand der Erörterung geworden sind.

Der Fiscalanwalt bestritt nämlich unter Berufung auf §. 25 des Expropriationsgesetzes, daß eine Wasserkraft, welche noch außer aller Verbindung mit einem erst zu errichtenden Wasserwerk stehe, überhaupt Gegenstand der Expropriation sei. §. 25 des Expropriationsgesetzes lasse eine Entschädigung nur dann zu, wenn „die besonderen Vortheile, welche die Sache dem Inhaber nach seinen Gewerbs- und andern Verhältnissen gewährt“ auch in der That schon vorhanden, **wirkliche** seien, es dürften nicht **künftige**, oder gar blos **mögliche** Vortheile in Anschlag gebracht werden.“ Zum Belege der Richtigkeit dieser Behauptung wurde sich auf 3 oberhofgerichtliche Urtheile *) berufen, und ausgeführt, daß eine Wasserkraft für sich allein dem Inhaber gar keinen Vortheil biete, und daß sie dem Eigenthümer des umliegenden Geländes erst dann einen Nutzen gewähre, wenn ein Wasserwerk bereits errichtet sei, welches sie treibe. Das sei erst alsdann der Fall, wenn die **Wasserkraft** durch die Concession der Verwaltungsbehörde zum **Wasserrechte** werde. Die Errichtung eines Wasserwerkes sei an diese Concession geknüpft (Mühlenord.

*) J. S. Fiscus gegen Krall in Heidelberg, Zwangsabtretung betreffend, Annalen XXVII. S. 18 ff., J. S. Fiscus gegen Mondt und Nemnich zu Karlsruhe, Eigenthumsabtretung betr., Annalen XXXI. S. 209 ff. und die noch nicht veröffentlichte Entscheidung J. S. Bartholomä in Heidelberg gegen Fiscus, Entschädigung betr.; hiebei wurde auch auf den Aufsatz von Roßhirt in Annalen XXIX. S. 297, insbesondere 303 hingewiesen. Der Eins.

Digitized by Google

vom 18. März 1822 §. 12 Ziff. 11, Verord. vom 10. April 1840, Gewerbegeſ. vom 20. September 1862 Art. 10 Abſ. 2 und Vollzugsverord. vom 24. Septbr. 1862 §. 13); und ſie mache das Waſſerrecht erſt wirkſam. In vorliegendem Falle ſei aber eine ſolche Conceſſion nicht nur nicht ertheilt, ſondern würde auch nicht ertheilt worden ſein, da ſich Anſtände erhoben hätten, welche die Verweigerung derſelben in beſtimmte Ausſicht geſtellt hatten. Sie könne auch nicht mehr ertheilt werden, da der Kanal eine andere Richtung erhalten habe. Wenn aber der Richter für dieſe nicht conceſſionirte Waſſerkraft eine Entſchädigung zuerkenne, ſo greiſe er in die Befugniſſe der Verwaltungsbehörde ein, indem er an ihrer Stelle die Conceſſion ertheile. Hiezu ſei er nicht befugt.

Die Civilkammer ſowohl, als der Appellationsſenat des Kreis- und Hofgerichtes Offenburg haben dieſe Einwendungen verworfen. Die

Entſcheidungsgründe

des Appellationsſenates zu dieſem Theile ſeines Urtheiles lauten:*)

„Der Fiscus erachtet ſich durch das unterrichterliche Urtheil für beſchwert:

I. weil dem Beklagten für die ihm entzogene Waſſerkraft eine Entſchädigung von 5870 fl. zuerkannt worden iſt, während hier nach §. 25 u. 37 des Expropriationsgeſetzes eine Entſchädigung nur unter der Vorausſetzung geſetzlich begründet wäre, wenn der Beklagte durch Errichtung eines Werkes ſich die Waſſerkraft dienſtbar gemacht und ihr hiedurch einen reellen Werth erworben hätte: zur weitern rechtlichen Begründung dieſer Beſchwerde wird eine Reihe von oberhofgerichtlichen Urtheilen angeführt, welche dieſen Satz rechtfertigen ſollen.

Dieſe oberhofgerichtlichen Urtheile entſprechen ſämmtlich vollſtändig dem Geſetze; nichts deſtoweniger iſt die Beſchwerde nicht begründet, da der vorliegende Rechtsſtreit einen ganz anderen Fall zum Gegenſtande hat, als die erwähnten Urtheile des höchſten Gerichtshofs. Dort handelte es ſich überall um Werthe oder Wertherhöhungen, welche mit der Errichtung von im Plane befindlichen oder in Ausſicht genommenen Werken erſt entſtehen ſollten. Hier aber handelt es ſich um einen Gegenſtand, der nicht zur Zeit der Abſchätzung, ſondern ſchon lange vorher, zur Zeit des Ankaufs, einen reellen Werth hatte, wie daraus hervorgeht, daß er erkauft worden iſt.

Nach §. 24 des Expropriationsgeſetzes iſt es die Veräußerung, welche den Werth einer Liegenſchaft für den Fall der Abtretung als maaßgebend beſtimmt.

Was daher Gegenſtand der Veräußerung für einen beſtimmten Werth ſein kann, muß auch Gegenſtand der Entſchädigung und zwar zu dem Werth ſein, welcher im Falle der Veräußerung dafür bezahlt worden wäre. Ganz mit Recht lautet die unter Glied 4 im Beſchluſſe vom 5. Januar an die Sachverſtändigen gerichtete Frage dahin:

„wie der Verkaufswerth der vorliegenden Waſſerkraft unter Berückſichtigung der vorhandenen Umſtände zu beſtimmen ſei.“

Der reelle Werth dieſes Gegenſtandes beſteht in der bewegenden Kraft des Waſſers. Dieſe iſt an und für ſich allerdings nicht nutzbringend und es bedarf des Zuthuns durch menſchliche Arbeit, um ihr den Nutzen abzugewinnen. Allein dies iſt bei andern Werthobjekten ebenfalls ſo. Auch der Acker bedarf der Bebauung, um Früchte zu erzeugen; und eine Dampfmaſchine, welche nur eine bewegende Kraft erzeugt, repräſentirt nicht nur den Werth des Metalls, welches für ſie verwendet worden iſt, ſondern den in ihrer Conſtruction liegenden Theil der bewegenden Kraft, welche ſie entwickelt, wenn man ſie in Betrieb ſetzt. Obſchon ſie jetzt, wo ſie nur eine bewegende Kraft darſtellt, noch keinen Nutzen erzeugt, ſondern erſt alsdann, wenn ſie mit einem nutzbringenden Werke in Verbindung geſetzt iſt, ſo repräſentirt ſie doch ſchon für ſich allein einen hohen Verkaufswerth, welcher vergütet werden müßte, wenn ſie der Staat im Zwangswege ſich aneignete.

So iſt es auch mit der bewegenden Kraft des Waſſers.

Wäre ein Werk daran gebaut, und der Staat würde das Waſſer oberhalb an deſſen Zuleitung ſich aneignen, während er der Liegenſchaften, wo das Werk ſteht, nicht bedürfte, ſo wäre es der Werth der bewegenden Kraft, die dem Werke entzogen iſt, und welche durch eine andere, vielleicht theuerere bewegende Kraft erſetzt werden müßte, welche den Gegenſtand der Abſchätzung bildete (abgeſehen von der Frage, ob hier nicht etwa noch eine

*) Gegen dieſe Entſcheidung iſt die Oberappellation angezeigt. Auf den Wunſch des Herrn Einſenders wird ſie jedoch einſtweilen mitgetheilt, um zu weiterer Erörterung der, den Gegenſtand der Entſcheidung bildenden Fragen Anlaß zu geben. Red.

Digitized by Google

weitere Werthverminderung zur Sprache käme), und würde der Staat das Werk mit sammt seiner bewegenden Kraft sich zwangsweise aneignen, so würde nicht der Baustoff und die Arbeitslöhne, wodurch das Werk aufgeführt worden ist, den Gegenstand der Abschätzung bilden, sondern diesen Werthen müßte der Werth der bewegenden Kraft des Wassers zugeschlagen werden. Dies aber nicht etwa deßwegen, weil jetzt das Werk einen Nutzen abwirft, sondern weil es einen bestimmten Verkaufswerth repräsentirt.

Das Gleiche ist der Fall bei der Entschädigung für die Bauplätze. Hier kann auch nicht davon gesprochen werden, daß sie einen Nutzen abwerfen, welcher dem Zinse aus deren Kapitalwerth gleich käme; und auf diesen steht ebensowenig ein nutzbringendes Gebäude, als auf einem triebkräftigen Wasserkanale ein Wasserwerk, und gleichwohl hat der höchste Gerichtshof überall da, wo die Qualität eines Platzes als eines wirklichen Bauplatzes nachgewiesen war, auch den Werth derselben zur Entschädigung angewiesen, und zwar deßwegen, weil der Eigenthümer in der Lage gewesen wäre, seinen Bauplatz zu verkaufen, um den Werth eines solchen daraus zu erzielen.

All dies folgt aus dem, dem Expropriationsgesetze zu Grunde gelegten Gedanken:

„daß der Staat, weil er nach §. 14 der Verfassungsurkunde, und L.R.S. 545 Niemanden seines Eigenthums berauben darf, ohne ihn vorher zu entschädigen, auch eine volle Entschädigung leisten muß."

Daß vollständig entschädigt werde, war sowohl der Gedanke der Regierung, als auch der Stände.

(Man vrgl. die Verhandlungen der II. Kammer V. Protokollheft.)

Es wäre aber keine volle Entschädigung, wenn man einen Gegenstand, der verkauft worden ist, und der einen Verkaufswerth hat, blos deßwegen bei der Entschädigung nicht berücksichtigte, weil es noch weiterer Werke bedarf, um ihn nutzbringend zu machen, deren er jetzt noch entbehrt. Die Frage, ob für etwas eine Entschädigung zu leisten ist, oder nicht, bleibt daher eine Frage des Beweises, daß der Gegenstand einen Verkaufswerth hat.

Im vorliegenden Falle ist diese Frage von den Sachverständigen bejaht worden, deren Gutachten hinsichtlich der Frage, ob überhaupt zu entschädigen sei: in dem richterlichen Ermessen eine vollständige Zustimmung findet.

Die II. Beschwerde des Appellanten wird damit begründet, daß der Beklagte durch die Verwaltungsbehörde für die Errichtung eines Wasserwerkes die Concession, deren er nach §. 11 der Mühlenordnung bedarf, noch nicht erhalten hat; daß der Richter nicht zuständig sei, statt der Verwaltungsbehörde die Genehmigung zu ertheilen, und daß daher, da die fragliche Wasserkraft jetzt zur Expropriation kommt, und dadurch verloren geht, der Beklagte keinen wirklichen, sondern nur einen eingebildeten Werth verloren hat, wofür eine Entschädigung nicht angesprochen werden könne.

Hievon ist soviel richtig, daß die Richter nicht berechtigt sind, Concessionen zu ertheilen. Dies ist Sache der Verwaltungsbehörden. Daraus folgt aber nicht die Unzuständigkeit des Richters, über einen Entschädigungsanspruch zu erkennen, wenn eine Concession noch nicht ertheilt ist. Anders verhält es sich, wenn durch eine endgiltige Administrativentscheidung die Errichtung eines Werkes bei einer Wasserkraft für immer versagt ist. Dadurch hat ein solches Wasser seine Bedeutung als bewegende Kraft, und damit ihren Werth verloren: aber anders ist es, wenn ein solches Verbot nicht existirt, und nur Hindernisse vorhanden waren, welche der Concessionsertheilung entgegenstanden. Hier darf der Richter, um den Werth der Wasserkraft zu finden, untersuchen, ob und mit welchem Kostenaufwande diese Hindernisse beseitigt werden konnten. Der Verkaufswerth mindert sich alsdann durch den Abzug dieses Aufwandes.

Dies ist der vorliegende Fall. Die Staatsbaubehörde hatte erklärt, daß technische Hindernisse der Errichtung eines Wasserwerks nicht, sondern nur die von dem fürstl. fürstenberg'schen Rentamte geltend gemachten landwirthschaftlichen Gründe der Ertheilung der Concession entgegenstehen.

Die Verwaltungsbehörde hatte auf Ansuchen des Beklagten es diesem anheimgegeben, sich mit der f. f. Standesherrschaft — die übrigen Anlieger hatten keine Einsprache erhoben! — abzufinden.

Schon daraus geht hervor, daß Gründe zur absoluten Concessionsverweigerung nicht vorhanden waren, sondern daß die Ertheilung derselben nur von Beseitigung bestimmter Hindernisse abhing. Ob diese Hindernisse zu beseitigen gewesen seien, war der Gegenstand der an die Sachverständigen gerichteten Frage 3. Sie haben diese Frage bejaht, und ihre motivirte gutächtliche Aeußerung erscheint auch dem Laien vollkommen einleuchtend.

Digitized by Google

Sie haben auch in einem Nachtrage zum Gutachten auf die Frage 1 im unterrichterlichen Beschlusse vom 5. Januar l. J. den Kostenaufwand berechnet, welcher die Beseitigung dieser Hindernisse erfordern würde. Dieser ist von dem Schätzungswerthe der ganzen Liegenschaft abgezogen worden.

Durch dieses Verfahren erscheint der Appellant durchaus nicht beschwert.“ —

Die Entscheidung unter I. scheint mit zwei Entscheidungen im Widerspruche zu stehen, welche Dalloz mittheilt, und deren Roßhirt in dem oben angeführten Aufsatze, Annalen XXIX. S. 303 erwähnt. Es mag indessen dahin gestellt bleiben, ob jene Fälle mit den unserigen ganz gleicher Art sind. Wie bereits oben erwähnt, bot der Rechtsstreit Fiscus gegen Haiß eine ganze Reihe von streitigen Punkten dar. Bei einigen erachtete der Appellationssenat die Beschwerden des Fiscus für begründet, und ordnete Vervollständigung der Verhandlungen durch erneuten Augenschein, und anderweite Begutachtung an. Bei dieser Gelegenheit gab er vorläufig die oben angeführten Entscheidungsgründe, um diese Verfügung zu rechtfertigen, weil sonst das Begehren des Haiß sofort hätte verworfen werden müssen. Bei der Endentscheidung war der Appellationssenat zu $^2/_3$tel anders besetzt. Es wurde aber die frühere vorläufige Entscheidung einstimmig gut geheißen, indem man von dem Grundsatze des §. 24 des Expropriationsgesetzes ausging, daß was einen Verkaufswerth habe, bei der Enteignung nach diesem Werthe ersetzt werden müsse.

21. October 1867. Ottendorff.

149.

Stillschweigende Erneuerung, beziehungsweise Verlängerung eines Schiedsvertrags. §. 1085 Z. 3 der Prozeßordnung.

Annalen 1861 XXVII. No. 7 Ziff. 19 II. S. 54.

In Sachen

der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg, Liquidantin, Appellatin, Oberappellantin,

gegen

die Gantmasse des Müllers Nikolaus Schneckenburger von Donaueschingen, Liquidatin, Appellantin, Oberappellatin,

Forderung und Vorzug, hier Nichtigkeit eines Schiedsgerichts betr.,

war unbestritten, daß die zur Ertheilung des Schiedsspruchs nach §. 1085 No. 3 der Prozeßordnung drei Monate betragende Frist, welche in Ermangelung einer im Schiedsvertrage bestimmten Frist hier maaßgebend ist, bereits abgelaufen war, als der Schiedsspruch erlassen und den Parteien eröffnet worden ist. Es behauptete jedoch der beklagte Theil zur Aufrechthaltung des schiedsrichterlichen Urtheils, es liege demungeachtet auf Seite des Schiedsgerichts eine Ueberschreitung seiner Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf die Zeit nicht vor, weil die gesetzliche Frist von drei Monaten im Sinne des §. 1085 Pr.O. No. 3 a. E. von den Betheiligten verlängert worden sei.

In den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 14. November 1867 wurde ausgeführt, diese Einwendung stelle sich als begründet dar.

„Diese gesetzliche Bestimmung gestattet nämlich den Parteien die Verlängerung der bereits abgelaufenen vertragsmäßigen oder gesetzlichen Frist, also auch die Erneuerung des wegen Ablaufs der Frist erloschenen Schiedsvertrags. Die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung ist hiebei nicht ausdrücklich wiederholt und ergibt sich für einen solchen Fall auch nicht als nothwendige Folgerung aus §. 1078 der Pr.O. Nachdem nämlich durch die schriftliche Abfassung des Schiedsvertrags sowohl für die Parteien als für die Schiedsrichter eine sichere, in jeder Beziehung dauernd festgestellte und schnell erweisliche Grundlage für ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten gewonnen worden ist, so tritt dieser Grund der Schriftlichkeit nicht mit gleicher Stärke für den Fall ein, wo mit Beibehaltung der schriftlich festgestellten Grundlage blos die einfache Verlängerung der Frist, beziehungsweise die Erneuerung des bereits schriftlich abgefaßten Schiedsvertrags vereinbart wird, und es ist daher auch ein derartiges Uebereinkommen nicht an die Form, wie die ursprüngliche Vertragserrichtung, geknüpft, sondern sie kann, wie in der Regel jede Willenserklärung, unter den Betheiligten mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, welch Letzteres im vorliegenden Falle geschehen ist. (Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 46.

(Schluß von Art. 149.)

Als nämlich der Schiedsvertrag nach Vorschrift des §. 1068 der Pr.O. schriftlich errichtet, aber die gesetzliche Frist zur Ertheilung des Schiedsspruchs abgelaufen war, haben sowohl die Schiedsrichter als die Prozeßparteien Handlungen vorgenommen, welche sie vernünftiger Weise nur unter der Voraussetzung vornehmen konnten, hiebei in rechtsgültiger Weise zu verfahren, was wiederum nothwendig die allseitige Absicht unterstellen läßt, die abgelaufene Frist zur Urtheilsfällung zu verlängern, beziehungsweise den Schiedsvertrag zu erneuern, oder als fortwährend allseitig verpflichtend anzusehen. Die Schiedsrichter ihrerseits haben namentlich durch Verfügung vom 8. October 1866 Tagfahrt zur Fortsetzung der Verhandlungen angeordnet, haben am 29. October und 3. November Prozeßverhandlungen mit den Parteien gepflogen, in gemeinschaftlichem Einverständniß mit den Letzteren durch die technischen Mitglieder des Schiedsgerichts Augenschein einnehmen und Gutachten abgeben lassen, und alsdann mittelst gemeinsamen Zusammenwirkens das Urtheil erlassen und den Parteien verkündet. Andererseits haben die Parteien an den Verhandlungen vom 29. October und 3. November, so wie an dem in der letztbezeichneten Verhandlung festgesetzten Uebereinkommen über Besichtigung des Streitgegenstandes und die Abgabe von Gutachten hierüber Theil genommen, und insbesondere hat die klagende Partei durch den fürstlichen Domänendirector, welchem in Angelegenheiten der fürstlichen Standesherrschaft die gerichtliche Vertretung kraft allgemeiner Vollmacht in unbeschränkter Weise zusteht, um Verlegung der zuerst auf den 25. Octbr. angeordneten Tagfahrt angesucht und sodann sich bei den Tagfahrten vom 29. October und 3. November durch Domänenrath Dr. Warnkönig, beziehungsweise diesen, den Rentmeister Wohnlich und den Bauassistenten Müller vertreten lassen, alles dieses ohne Bestreitung der ferneren Zuständigkeit des Schiedsgerichts. In den bezeichneten Handlungen liegt sowohl auf Seite der Schiedsrichter als der Parteien, bei welchen, wie bemerkt, die Absicht unterstellt werden muß, an einem rechtsgiltigen und nicht an einem nichtigen Prozeßverfahren Theil nehmen zu wollen, ein bestimmtes Einverständniß darüber, daß die Schiedsrichter fernerhin Verhandlungen pflegen und schließlich die Entscheidung ertheilen sollen, und daß also der Schiedsvertrag, wie er ursprünglich nach der Bestimmung des Gesetzes auf drei Monate Gültigkeit hatte, nunmehr nach Ablauf jener Frist von Neuem mit denselben gesetzlichen Voraussetzungen und Wirkungen, wie der ursprüngliche Vertrag, in Giltigkeit treten und daher vom Beginn des neuen Uebereinkommens zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern, welches erst vom Zeitpunkt der allseitig ertheilten Zustimmung, also frühestens vom 29. October an wirkt, auch mindestens wieder die gesetzliche Frist von drei Monaten giltig sein solle, innerhalb welcher verlängerten Frist sodann in der That das Schiedsurtheil erlassen und verkündet worden ist.

Wenn sich der klagende Theil hiebei darauf beruft, daß beide Parteien und die Schiedsrichter sich in einem Irrthum befunden haben, indem sie glaubten, daß, weil keine Frist zur Ertheilung des Schiedsspruchs vertragsmäßig festgesetzt worden, die Frist hiezu eine unbegrenzte sei und sie daher nicht gewußt haben, daß zur fraglichen Zeit die Frist schon abgelaufen und der Schiedsvertrag erloschen war, so besteht dieser Irrthum in der Unkenntniß der gesetzlichen Bestimmung des §. 1085 No. 3 der Pr.O., ist daher ein Rechtsirrthum, auf welchen sich die Klägerin nach L.R.Z.S. 1 b nicht berufen kann.

Red.

150.

1) **Die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft kann auch nach dem Tode des betreffenden Elterntheils erhoben werden.**

2) **Die durch Urtheil für anerkannt erklärten natürlichen Kinder haben die gleichen Erbfolgerechte, wie die freiwillig anerkannten.**

3) **Dem natürlichen Kinde als Erbfolger steht Ei-**

Digitized by Google

genthum an der Erbmasse, nicht blos ein Forderungsrecht an die Erben zu.

4) Freiwilligkeit des Geständnisses nach L.R.S. 340a wird durch Geisteskrankheit des Gestehenden aufgehoben und ist hierauf L.R.S. 504 nicht anwendbar.

Entscheidungsgründe des Kreisgerichts Baden zum Beweiserkenntniß vom 19. November 1867, J. S. Kastner gegen Bosler.

Die Klage stützt sich in erster Reihe auf den L.R.S. 340a und verlangt den Erben des am 29. April d. J. verstorbenen Anselm Bosler gegenüber, die Anerkennung der Vaterschaft dieses letztern für das am 20. Dezember 1859 geborene uneheliche Kind der Helene Kastner, Namens Johann Adam Kastner, und in Folge dessen die Anerkennung des Erbanspruches dieses Kindes an der Verlassenschaft des Anselm Bosler, beziehungsweise die Berichtigung der auf dessen Ableben erfolgten Theilung in der Art, daß gemäß L.R.S. 757 dem klägerischen Kinde die Hälfte der Erbmasse zugetheilt werde.

Was die rechtliche Begründung dieser Klage anbelangt, so folgt vor allem aus der Natur einer Standesklage, daß eine solche zu jeder Zeit von dem ehelichen, wie unehelichen Kinde erhoben werden kann, es ist daher auch die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft nach dem Tode des natürlichen Vaters zulässig; wird aber durch Urtheil ausgesprochen, daß Anselm Bosler der Vater des klagenden Kindes sei, so muß die Wirkung dieses Urtheils bis auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes rückwirken (L.R.S. 725), es steht demselben daher von diesem Zeitpunkt an das außerordentliche Erbfolgerecht an dem Nachlaß seines natürlichen Vaters zu, und kann demnach dieses Recht mit der Vaterschaftsklage den Erben des natürlichen Vaters gegenüber geltend gemacht werden (Zachariä III. §. 567 Bem. 5 und Annal. 28 S. 199). Das Hauptbedenken jedoch, welches der Klage in rechtlicher Beziehung entgegengehalten werden kann, besteht darin, daß nach dem Wortlaute des L.R.S. 756*) es den Anschein hat, als ob nur die freiwillig anerkannten, nicht auch die durch Urtheil für anerkannt erklärten unehelichen Kinder ein Erbfolgerecht an dem Nachlaß ihrer natürlichen Eltern hätten. Die ältere Praxis der badischen Gerichte hat sich auch beständig für diese Ansicht ausgesprochen (oberhofg. Jahrb. a. F. III. S. 174, Annalen 21 S. 296, 27 S. 57), andererseits aber hat die französische Jurisprudenz fortwährend auch bezüglich des Erbfolgerechts die freiwillig anerkannten Kinder und die durch Urtheil für anerkannt erklärten Kinder vollständig gleichberechtigt erachtet. (Zachariä III. §. 567, Rogron droit civil zu L.R.S. 756, Demolombe VII. 2. Serie No. 13 S. 231.) Der Gerichtshof hat sich für die letztere Ansicht entschieden, nachdem das Hauptargument für die ältere Praxis der inländischen Gerichte durch die im Eingang des Gesetzes vom 21. Februar 1851, Reggsbl. No. 15, ausgesprochene Aufhebung des L.R.S. 762a weggefallen und überhaupt durch dies Gesetz eine mildere Behandlung der nicht aus Ehebruch oder Blutschande gezeugten natürlichen Kinder eingeführt worden ist (Annalen 19 S. 401), und da deßhalb jetzt kein genügender Anhaltspunkt mehr vorliegt, daß der badische Gesetzgeber durch die Uebersetzung des L.R.S. 756 eine Aenderung des Urtextes zum Nachtheil der durch Urtheil für anerkannt erklärten unehelichen Kinder eintreten lassen wollte, während der Wortlaut des Urtextes des L.R.S. 756 zweifellos die freiwillig und die durch Urtheil anerkannten unehelichen Kinder in sich begreift. Es hat sich auch deßhalb die neuere Praxis der badischen Gerichte, insbesondere auch die des höchsten Gerichtshofs der Ansicht der französischen Gerichte, angeschlossen. (Annalen 28 S. 199.) Endlich ist noch zu bemerken, daß den natürlichen Kindern, obgleich sie keine Erben ihrer Eltern sind, doch nicht etwa blos ein Forderungsrecht auf die ihnen zustehende Quote an die Erben ihrer Eltern haben, sondern daß ihnen ein Recht auf den Nachlaß dieser Letztern selbst zusteht, daher die Klage auch in dieser Beziehung rechtlich begründet erscheint. (L.R.S. 757, Zachariä IV. §. 605.)

Was die thatsächliche Begründung der Klage betrifft, so hielt der Gerichtshof solche, wie sie in der Klage vorgetragen wurde, für genügend, indem aus den angeführten Thatsachen sich allerdings das aus eigener innerer Anregung hervorgegangene Bekenntniß des Anselm Bosler ergibt, daß er der Vater des klagenden Kindes sei; ein solches Bekenntniß genügt aber, um nach L.R.S. 340a der Vaterschaftsklage Eingang zu verschaffen. (Rah, Ergänzungsband zu L.R.S. 340a.) Da aber sowohl die Geburt des klagenden Kindes, als das behauptete Be-

*) Der L.R.S. lautet nämlich: „von denen sie gesetzlich anerkannt sind," während Code Napoléon sagt: „lorsqu'ils ont été légalement reconnus." D. E.

Digitized by Google

kenntniß des Anselm Bosler von beklagter Seite in Abrede gestellt wurde, mußten diese Thatsachen dem Kläger zum Beweise auferlegt werden; dabei bleibt dem klagenden Anwalt überlassen, sämmtliche in der Klage auf das abgelegte Bekenntniß Bezug habende Thatsachen zu erweisen, und wurde von diesen Thatsachen nur die prägnanteste, das Bekenntniß vor dem Pfarramte Balg in das Beweiserkenntniß aufgenommen.

Die von beklagter Seite vorgetragene Einrede, daß Anselm Bosler zur Zeit der von ihm abgelegten Bekenntnisse geistesgestört gewesen sei, hat der Gerichtshof für erheblich erachtet, da diese Bekenntnisse keine eigentliche Rechtshandlungen sind, und der Zustand der Geistesstörung jedenfalls die Freiwilligkeit der Geständnisse aufheben würde, auf welche der L.R.S. 340a das Hauptgewicht legt; hiernach kann der L.R.S. 504 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, und mußte demnach den Beklagten der Beweis ihrer Einrede nachgelassen werden. Dr. Puchelt.

151.

Kassationsfall.

Ueberschreitung in Ausübung des Hausrechts.

§. 234 der Strafprozeßordnung.

Nach der Feststellung in den Entscheidungsgründen der Strafkammer des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim befand sich Adam Schifferdecker am Abend des 19. Mai l. J. in dem Biergarten des Bierbrauers Philipp Lauer zu Helmstadt; es entspann sich hier zwischen dem Gaste und dem Wirth ein Streit, weil dieser behauptete, der Erstere habe noch drei Schoppen Bier zu bezahlen, während Schifferdecker diese bereits bezahlt zu haben vorgab. Als Lauer gleichwohl auf seiner Forderung beharrte, stieß Schifferdecker sein noch halb gefülltes Bierglas dermaßen auf den Tisch, daß dem Lauer Glasscherben und Bier in das Gesicht und auf die Kleider spritzten, worauf ihm dieser erklärte, er dulde ein solches Benehmen nicht, Sch. solle machen, daß er fortkomme.

Als dieser demungeachtet ruhig sitzen blieb, faßte ihn Lauer hinten am Rockkragen, schob ihn gewaltsam bis zur geöffneten Thür und gab ihm hier einen starken Stoß, so daß Sch. über die zwei Stufen vor der Thüre auf die Straße stürzte, wobei er mit dem linken Fuße an dem unteren Thürriegel hängen geblieben war. In Folge dieses Sturzes erlitt Sch. eine starke Verrenkung seines linken Fußes, welche eine völlige Arbeitsunfähigkeit von 21 Tagen und eine weitere beschränkte von 10 Tagen zur Folge hatte.

Auf den Grund dieser Thatsache verurtheilte die Strafkammer den Angeklagten Lauer durch das vorerwähnte Urtheil wegen, unter den Strafmilderungsgründen der §§. 233 und 234 des Str.G.B. vorsätzlich im Affecte verübten Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 25 fl. und in die Kosten.

Hiergegen ließ der Angeklagte die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung anzeigen:

1) daß der Handlung des Beklagten überhaupt der Charakter einer unrechten That beigelegt worden ist, während der Angeklagte zu derselben nicht blos berechtigt, sondern selbst verpflichtet gewesen;
2) daß mit Unrecht aus den festgestellten Thatsachen ein unbestimmter Vorsatz des Angeklagten, dem Schifferdecker ein Leid zuzufügen, angenommen worden sei; und endlich
3) daß ebenso mit Unrecht aus jenen Thatsachen gefolgert worden sei, daß der Angeklagte den eingetretenen Erfolg überhaupt habe voraussehen können.

Allein das großh. Oberhofgericht erkannte am 26. Oktober 1867,

J. A. S.
gegen
Philipp Lauer von Helmstadt,
wegen Körperverletzung,

auf gepflogene Verhandlung zu Recht:

Die von dem Angeklagten gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim, Strafkammer, vom 17. September 1867, No. 2395, ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde sei unter Verfällung des Angeklagten in die Kosten als unbegründet zu verwerfen.

Entscheidungsgründe:

Die vom Angeklagten gegen das Urtheil der Strafkammer des großherzoglichen Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 17. September l. Jahrs ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht als begründet zu erachten: Denn es kann zunächst der Beschwerdegrund nicht als richtig angesehen worden, daß der Handlung des Angeklagten nicht der Charakter einer unrechten That

Digitized by Google

beigelegt werden könne. Wenn nämlich auch der Angeklagte als Wirth das Recht und selbst die Pflicht hatte, einen in seinem Wirthschaftslocale befindlichen Gast, der sich in ungebührlicher Weise betrug, und hierdurch die Ruhe und Ordnung störte, aus demselben zu entfernen, und hierbei, wenn dies auf seine Aufforderung nicht freiwillig geschah, selbst Gewalt anzuwenden, so mußte Letzteres doch immerhin in einem mit den Umständen im Verhältniß stehenden Maaße geschehen. Adam Sch. war nun inhaltlich der in den Entscheidungsgründen der Strafkammer festgestellten Thatsachen, welche für die Beurtheilung des Cassationsgerichts allein maaßgebend sein können, nachdem ihn der Angeklagte wegen des von ihm zerschlagenen Glases aufgefordert hatte, sich zu entfernen, ruhig sitzen geblieben, und darauf faßte ihn der Angeklagte hinten am Rockkragen und schob ihn gewaltsam bis zur Thüre; daß nun hierbei Sch. irgend einen Widerstand geleistet, oder gar an dem Angeklagten sich vergriffen hätte, ist nicht constatirt; es zeigte sich also die bis dahin gegen ihn angewendete Gewalt zur Erreichung jenes Zweckes als genügend, und wäre daher die Anwendung einer erhöhten Gewalt gegen denselben nicht erforderlich gewesen. Wenn somit der Angeklagte, statt denselben aus seinem Locale vollends herauszuführen, ihm unter der Thüre einen so heftigen Stoß versetzte, daß er über die zwei vor derselben befindlichen Stufen auf die Straße hinabstürzte, so hat er hiermit das erforderliche Maaß von Gewalt und damit die Gränzen seiner Befugnisse überschritten. Sobald aber bei Vornahme einer solchen an sich erlaubten Handlung die Grenzen des Nothwendigen und darum Gestatteten mit Bewußtsein überschritten worden, nimmt dieselbe auch den Character einer unrechten That an.

Die Strafkammer hat nun auf den Grund der festgestellten Thatsache den Angeklagten der Körperverletzung unter dem Milderungsgrunde des §. 234 des Str.G.B. schuldig erkannt. Hieraus sowohl, als aus den dem Urtheile beigefügten Entscheidungsgründen ergibt sich aber, daß dem Angeklagten die wirklich eingetretene Körperverletzung nicht zur Absicht, sondern nur zur Fahrläßigkeit zugerechnet, und ihm nur der unbestimmte Vorsatz, dem Sch. ein Leid zuzufügen, zur Last gelegt werden wollte. Der Angeklagte erscheint aber in diesen beiden Beziehungen nicht als beschwert.

Denn insoweit die Strafkammer dem Angeklagten einen unbestimmten Vorsatz zur Last gelegt hat, konnte sie darunter wohl nur verstehen, daß er mit seiner Handlung seinen Gegner entweder blos mißhandeln, oder aber selbst, wenn auch in geringerem, als dem eingetretenen Grade an seinem Körper verletzen wollte, daß er immerhin aber das eine oder das andere beabsichtigt habe, §. 98 des Str.G.B. Dies erscheint auch als vollkommen gerechtfertigt. Denn wenn der Angeklagte unter der Thüre seiner Gartenwirthschaft dem Sch. einen heftigen Stoß versetzte, so läßt sich hieraus mit Zuverlässigkeit auf seine Absicht schließen, denselben hierdurch zur Thüre hinaus, und über die vor ihr befindlichen Stufen hinunter zu werfen; in einer solchen Thätlichkeit muß aber schon an sich ein Act der Mißhandlung gefunden werden, bei welchem auch leicht möglicher Weise eine Körperverletzung entstehen konnte.

Auf der Voraussehbarkeit des eingetretenen Erfolges kommt es aber bei der Beurtheilung dieser Frage nicht an, da jene nur bei der Erörterung der weiteren Frage von Erheblichkeit ist, in welcher Weise dieser Erfolg dem Angeklagten zugerechnet werden kann; und ebensowenig kommt es darauf an, ob der Angeklagte etwa, wenn auch nicht ausschließlich, die Absicht gehabt habe, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen, da ihm dieser Erfolg von der Strafkammer überhaupt nicht zum Vorsatze, also nicht einmal zum unbestimmten Vorsatz zugerechnet worden ist.

Es ist aber dem Angeklagten auch der wirklich eingetretene Erfolg mit Recht von der Strafkammer zur Fahrlässigkeit zugerechnet worden. Denn die allgemeine Erfahrung lehrt, daß ein solcher gewaltsam herbeigeführter Fall zu Boden, auch ohne daß ein weiterer in Mitte tretender Umstand hinzuzukommen braucht, schon auf ebener Erde, oder von an sich unbedeutender Höhe herab, nicht blos einfache Ausrenkungen, sondern selbst Brüche des Fußes herbeizuführen im Stande ist, und es konnte daher der Angeklagte bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit einen solchen Erfolg immerhin vorhersehen. Daß Sch. bei Hinauswerfen aus der Thüre an einem Riegel derselben hängen geblieben ist, kann hiernach um so weniger in Betracht kommen, als auch nicht einmal mit Bestimmtheit constatirt ist, ob diese Thatsache überhaupt den eingetretenen Erfolg allein, oder doch mit herbeigeführt hat.

Die Strafkammer hat hiernach den §. 234 des Str.G.B. richtig auf die festgestellten Thatsachen ange-

Digitized by Google

wendet; es mußte deßhalb die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen und der Angeklagte nach §. 426 der Str.P.O. in die Kosten dieses Rechtsmittels verurtheilt werden. Red.

152.

Einfluß der Gerichtsferien auf den Beginn und Ablauf der Fristen.

Der processualischen Thätigkeit entzogene Tage sind die Gerichtsferien, d. h. solche Tage, welche durch Gesetz oder Gewohnheit, sei es aus kirchlich-religiösen Gründen (kirchliche Ferien), sei es aus andern Rücksichten (weltliche Ferien), als solche anerkannt sind.

Indem nun an kirchlichen Ferientagen gar nicht, an weltlichen nur mit Einwilligung der Parteien processirt werden soll,

cap. 1 und c. 5. X. de Feriis (2. 9)

ist der Richter durch die Ferien auch in nicht-eiligen Sachen an der Vornahme solcher Akte nicht behindert, welche eine Mitwirkung der Parteien nicht erfordern; daher denn z. B. ein an einem Ferientage erlassenes Dekret nicht ungültig ist.

Renaud, Civilprozeß §. 83.

In unserer Pr.O. §. 205 ist deßhalb auch nur bestimmt, daß die angesetzten Tagfahrten nicht auf Sonn- und gebotene Feiertage fallen dürfen, ausgenommen, wenn dringende Gefahr auf dem Verzuge haftet. Diese Bestimmung ist in Abs. 2 auch auf die übrigen Ferientage ausgedehnt.

Nach gemeinem Rechte war es nun bestritten, ob an Sonn- und Feiertagen Zustellungen giltig geschehen können;

l. 2. 3. 11 Cod. de Feriis,
cap. 1. 5. X. de Feriis.

Nach der bad. b. Pr.O. sind jedoch an Sonn-, Feier- und Ferientagen bewirkte Zustellungen, Mangels einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung, giltig und demnach muß, da für sie eine andere Vorschrift nicht besteht, nach der allgemeinen Regel des §. 192 der Pr.O. der Beginn der gesetzlichen und richterlichen Fristen auch von einem solchem Tage an berechnet werden, wenn solcher auch ein Sonn-, Feier- oder Ferientag ist.

v. Freydorf, Prozeßordnung zu §. 205 S. 509.
Oberhofg. Jahrb. XV. S. 563.
Annalen VIII. S. 22, XVII. S. 204.

Hiefür spricht auch die in §. 19 der Dienstweisung für Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamte vom 21. November 1851 (Reggsbl. No. 67) gegebene Bestimmung, daß der Gerichtsbote, wenn es ihm von der Behörde aufgegeben wird, die Zustellung unverzüglich, ohne den nächsten Rundgang abzuwarten, zu besorgen hat, und daß in Städten die Gerichtsboten die ihnen überwiesenen Geschäfte (§. 12 ff.) Tag für Tag, wie sie ihnen zukommen, erledigen müssen, während denselben die Vollstreckung gegen die Person des Schuldners oder in dessen Wohnung an Sonn- und Feiertagen in §. 43 obiger Verordnung ausdrücklich verboten ist.

Eine Ausdehnung des Verbots gerichtlicher Verhandlungen an Ferientagen auf die Zustellungen gerichtlicher Verfügungen wäre auch, wie in den oberh. Jahrbüchern a. a. O. treffend ausgeführt ist, durch den Grund und Zweck des Gesetzes nicht gerechtfertigt, da eine Zustellung durch den Gerichtsboten keinen gerichtlichen Akt bildet und die Partei durch ihr passives Verhalten beim Empfang der Zustellung so wenig thätig wird, als der Richter beim Empfang der schriftlichen Einläufe.

Gegen obige Ansicht läßt sich auch nicht einwenden, daß nach §. 206 der Pr.O. die Frist während der Ferien nicht ablaufen kann, weil eben zwischen Beginn und Ablauf der Fristen ein Unterschied besteht, und die in §. 206 der Pr.O. getroffene Ausnahmebestimmung im Regierungsentwurfe vom Jahre 1863 mit dem guten Grunde gerechtfertigt wird, „damit auch die Anwälte von diesen Ferien Gebrauch machen können, weil sie sonst durch ihre Abwesenheit stets in Gefahr wären, daß Versäumnisse vorkommen."

Aus dieser Begründung zu §. 206 der Pr.O. geht aber auch zugleich hervor, daß der Gesetzgeber von der allgemeinen Regel des §. 192 der Pr.O. gar keine Ausnahme festsetzen wollte.

Vrgl. auch Bayer, Civilproceß §. 147 S. 479.
Leonhard, Justizgesetzgebung II. §. 150 Bem. 5.

Das großh. Kreisgericht Baden hat zwar in einigen Fällen (z. B. Bender gegen Bender, Schadloshaltung) ausgesprochen, daß die in einer Verfügung gesetzte Frist, bezüglich welcher die Zustellung in den Gerichtsferien erfolgte, gemäß §. 206 der Pr.O. nach dem Ende der Ferien (1. September) zu laufen beginne, allein durch späteren Plenarbeschluß dieses Gerichtshofs vom 11. De-

Digitized by Google

tober 1867, No. 3586, wurde die hier vertheidigte Ansicht angenommen.

Ferdinand Beck,
Referendär in Baden.

153.

Der Verkäufer verliert durch Cession seiner Kaufpreisforderung das Recht nicht, gegen den Käufer auf Anerkennung der von diesem bestrittenen rechtlichen Giltigkeit des Kaufvertrags Klage zu erheben.

Die Bestimmungen der L.R.S. 1636. 1637 sind da nicht anwendbar, wo die Verbindlichkeit des Verkäufers, ein zugesagtes Maaß der verkauften Liegenschaften zu liefern, in Frage ist.

In Sachen
des Ferdinand Sieber von Konstanz, und
des Wilhelm Schreiber von Tiefenstein,
Kläger, Appellaten, Oberappellaten
gegen
Theodor Neukum von Uttenhofen, Beklagten, Appellanten, Oberappellanten,
Haltung eines Kaufs betreffend,

besagen die

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. Mai 1866:

Was die Frage betrifft, ob die Kläger noch zur Sache berechtigt sind, nachdem sie den Kaufpreis an Rentmeister Braun zu Eigenthum abgegeben haben, so kann ungeachtet dieses Umstandes ihr Recht zur Klagerhebung, womit sie die richterliche Anerkennung der vom Beklagten bestrittenen rechtlichen Giltigkeit des Kaufvertrags bezwecken, nicht bezweifelt werden. Die Kläger haben auf Rentmeister Braun durch Abtretung des Kaufpreises nicht alle ihnen aus dem Kaufvertrage zustehenden Rechte übertragen, indem das Recht auf Zahlung des Kaufpreises nicht das Gesammtrecht der Verkäufer erschöpft. Dies ergibt sich schon aus der Erwägung, daß nicht nur der Käufer, sondern wesentlich auch der Verkäufer — selbst wenn der Kaufpreis bezahlt oder cedirt ist — ein rechtliches Interesse und eine Klage auf Bewirkung des Grundbuchseintrages hat, und zwar ein Interesse in mehrfacher Beziehung, indem durch den Eintrag sowohl sein gesetzliches Vorzugsrecht gewahrt, als auch er fernerhin von der Haftbarkeit für die auf den verkauften Liegenschaften ruhenden öffentlichen Lasten befreit wird, sowie er für die Zukunft keinen dinglichen und Pfandklagen mehr ausgesetzt ist. Außerdem sind die Verkäufer nach geschehener Cession des Kaufpreises dem Cessionar für die rechtliche Existenz der cedirten Forderung kraft Gesetzes haftbar geworden, — diese Existenz hängt aber von der Rechtsgiltigkeit des Kaufvertrages ab, daher auch das Recht, die Frage dieser Rechtsgiltigkeit, wenn sie — wie hier — vom Käufer bestritten ist, zum Austrag vor den Richter zu bringen, den Verkäufern verblieben sein muß.

Wenn in heutiger Schlußverhandlung von Seite des beklagten Theils die Begründung der Klage deßhalb beanstandet wird, weil ein ordnungsmäßiger Grundbucheintrag noch nicht bestehe, so ist dagegen zu bemerken, daß dieses Erforderniß nur als eine nothwendige Voraussetzung erscheint, damit der neue Erwerber sein Eigenthumsrecht gegen Dritte geltend machen kann, nicht aber für den vorliegenden Fall, wo eine der Vertragsparteien das aus dem Kaufvertrag ihr zustehende persönliche Recht gegen die andere Vertragspartei gerichtlich verfolgt rc.

Der Beklagte verlangt ferner Aufhebung des Kaufes, fürsorglich Preisminderung oder wenigstens Abweisung der Klage zur Zeit aus dem Grunde, weil die Kläger eines der verkauften Grundstücke, nämlich einen Acker im Sau, nicht in seinem ganzen Maaßgehalte von circa 9 Morgen, wie er in der Kaufsurkunde bezeichnet ist, übergeben können, indem das Grundstück in diesem Maaße nicht vorhanden sei, — und in der That wird vom Gemeinderath zu Rickenbach beurkundet, daß der fragliche Acker nur „circa 5 Morgen“ im Maaße habe. Diesem Umstand haben die Kläger zunächst entgegengehalten, daß andere der verkauften Grundstücke ein größeres als das in der Vertragsurkunde angegebene Maas enthalten, wodurch das Mindermaaß des Ackers im Sau ausgeglichen werde. Der Beweis dieser in der Bestimmung des L.R.S. 1623 wohlbegründeten Schutzrede bedarf aber hier keiner nähern Prüfung, da eine der Vertragsbestimmungen, auf welche die Kläger sich berufen, sie unter allen Umständen von Lieferung des angegebenen Maaßes entbindet. Die Parteien sind nämlich dahin übereingekommen, daß das Gütermaaß nicht gewährt werde, und in diesem Gedinge ist ein giltiger Verzicht des Beklagten auf Gewährleistung des Maaßes

Digitized by Google

enthalten, welcher seine Wirkung äußert, selbst wenn der Mangel des Maaßes, wie der Beklagte für den vorliegenden Fall behauptet, den zwanzigsten Theil des angegebenen übersteigt. — L.R.S.S. 1619 a. E. 1616.

Endlich wird vom Beklagten Aufhebung des Kaufs oder Preisminderung um deßwillen begehrt, weil der soeben erwähnte Acker im Sau, der dem Beklagten in seinem zugesagten Maaßgehalte nicht übergeben werden könne, von solchem Werthe und im Verhältniß zu den übrigen mitverkauften Liegenschaften von solcher Wichtigkeit sei, daß der Beklagte ohne denselben den Kauf gar nicht abgeschlossen hätte. L.R.S.S. 1636. 1637. Da es sich jedoch hier nicht darum handelt, ob dem Beklagten ein Theil der bereits übergebenen Kaufsgegenstände entwährt worden sei, sondern darum, ob die Kläger ein zugesagtes Maaß der verkauften Liegenschaften zu liefern schuldig, und im Stande sind, daher in der That nicht ihre Verbindlichkeit zur Gewährleistung, sondern ihre Verbindlichkeit zur Uebergabe in Frage steht: so sind die nur von jenem Falle geltenden Bestimmungen der L.R.S.S. 1636. 1637 hier nicht anwendbar.

Red.

154.

1) Fall einer Dienstbarkeit durch Widmung. L.R.-S. 694.
2) Bei dem Verkaufe des an die gemeine Straße stoßenden Theiles eines Grundstückes ist als stillschweigendes Geding zu unterstellen, daß der Verkäufer sich das nöthige Wegrecht über den verkauften Theil vorbehalten habe.

Entscheidungsgründe zu dem Urtheile des Kreisgerichts Baden vom 7. März 1867 J. S. Hettinger gegen Weber adoptirt im Urtheile des Appellationssenates Offenburg vom 20. Juni 1867.

Beide Theile sind Eigenthümer je zur Hälfte von einem, der Quere nach getheilten, Wohnhaus nebst Deconomiegebäuden und Hofraum, so daß die Beklagte den vorderen, an die Ortsstraße grenzenden Theil besitzt, der Kläger aber die hintere Hälfte inne hat, welche durch das Anwesen der Beklagten von der gemeinen Straße gänzlich abgeschnitten ist.

Der Kläger verlangt nun das Recht, über den, der Beklagten gehörigen Hofantheil zu gehen und zu fahren, während die Beklagte nur das Recht zum Gehen anerkennt.

Aus den Parteivorträgen geht nun hervor, daß die Liegenschaften der Parteien früher in einer Hand vereinigt waren, und während dieser Vereinigung, und zwar dadurch, daß der Alleineigenthümer von der offenen Straße aus, um in die hintere Behausung zu gelangen, seinen Weg über den strittigen Platz nahm, in solcher Beziehung zu einander standen, daß, wenn sie zwei verschiedenen Eigenthümern gehört hätten, ein Dienstbarkeitsverhältniß, nämlich ein Durchfahrtsrecht zu Gunsten der hinteren Behausung vorhanden gewesen wäre.

Bei der im Jahr 1840 durch die Alleineigenthümerin, Joseph Falks Wittwe, stattgehabten Veräußerung der vorderen Hälfte ist nun weder über das Beibehalten noch über das Aufgeben dieses Verhältnisses zwischen den Vertragspersonen eine Bestimmung getroffen worden, und es erhebt sich deßhalb die Frage, welches die Absicht und Willensmeinung der Betheiligten in dieser Beziehung gewesen sei. In diesem Falle ist nach L.R.S. 694 anzunehmen, daß, soferne dieser faktische Zustand des Dienstbarkeitsverhältnisses durch ein äußeres Merkmal sich ankündigt, und sofern nicht bei der Veräußerung selbst das Gegentheil verabredet worden ist, eine Dienstbarkeit durch einen Rechtstitel, nämlich durch den Willen der Parteien, welcher nur verschwiegen, anstatt besonders ausgedrückt wurde, geschaffen worden sei.

Demolombe No. 804. 805 Pariser Ausg. Bd. XII. Belg. Ausg. Bd. VI.
Stabel, Jahrb. für bad. Recht I. S. 54.

Es frägt sich daher zunächst, ob sichtbare Anlagen im Sinne des L.R.S. 694 auf einem der damals in einer Hand vereinigten, nun aber zweien verschiedenen Eigenthümern gehörigen Grundstücke vorhanden waren. Das Gesetz unterscheidet in dieser Beziehung nicht, ob das Merkmal auf dem herrschenden oder aber dienenden Grundstücke sichtbar ist, vielmehr genügt es, daß, wenn, wie es hier der Fall ist, die Art der Dienstbarkeit es mit sich bringt, auf dem herrschenden Grundstück ein sichtbares Merkmal vorhanden ist.

Demolombe No. 824. 777.

Auch kommt es nicht darauf an, ob die jeweilige Benützung dieser Anlagen die Handlung eines Menschen voraussetzt, oder nicht, denn schon das Dasein derselben ist ein fortdauernder Eingriff in die Freiheit des

Digitized by Google

nachbarlichen Gutes, es liegt darin eine fortdauernde Belastung desselben, die auch ohne Zuthun eines Menschen fortgeht und die Absicht des Eigenthümers, eine Dienstbarkeit auszuüben, ständig an den Tag legt.

Stabel l. c. S. 66. 67. 72.

Diese Voraussetzungen sind aber hier unzweifelhaft vorhanden. Es ist unbestritten unter den Parteien, daß in der Behausung des Klägers, insbesondere zur Wohnung, Stallung, Scheuer und Remise bleibende Eingänge hergestellt sind, und daß, um von der gemeinen Straße aus dahin zu gelangen, der Kläger über das Eigenthum der Beklagten den Weg nehmen muß, und wie beklagter Seits noch ausdrücklich zugegeben ist, diesen Platz auch begeht. Die Beschaffenheit dieser Anlagen und die Bestimmung derselben läßt keinen Zweifel zu, daß diese Eingänge in der Absicht, nicht blos einen vorübergehenden, sondern einen dauernden, immerwährenden Zustand zu schaffen, gemacht worden sind, und daß dieselben den Zweck anzeigen, daß dadurch eine bestimmte Grunddienstbarkeit ausgeübt und dem nachbarlichen, an die öffentliche Straße stoßenden Grundstück also eine bestimmte Last zum Nutzen und Vortheil des anderen auferlegt werden soll, indem nach der Beschaffenheit und Eintheilung der beiderseitigen Liegenschaften der Eigenthümer der hintern Hälfte der Behausung nur durch Benützung des vordern Platzes von der öffentlichen Straße aus zu seinem Eigenthum gelangen kann, wie es auch der Fall war, während die beiden Liegenschaften in Einer Hand vereinigt waren. Diese Anlagen nebst der Beschaffenheit und Eintheilung der bis dahin vereinigten Liegenschaften sind in die Augen fallend, so daß sie dem Käufer zur Zeit der Veräußerung sich als sichtbares Merkmal darstellen mußten, und zwar als Merkmal der Durchfahrtsgerechtigkeit, daher diese nach L.R.-S. 694 fortbesteht und nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wornach jede veräußerte Sache, als in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, als veräußert gilt, activ und passiv auf die Erwerber der getrennten Grundstücke übergegangen ist.

Demolombe No. 805. 810. 811.

Die Einwendung des beklagten Theils, daß ein Durchfahrtsrecht mittelst Wagen oder Fuhrwerken wegen beschränkten Raums nicht ausgeführt werden könne, ist nicht geeignet, den Anspruch des Klägers als grundlos darzustellen, weil es diesem lediglich überlassen werden muß, sein Fuhrwerk hiezu tauglich einzurichten.

Man kann auch nicht unter Bezug auf Annalen 26 S. 72 einwenden, daß die klägerische Rechtsvorfahrerin sich selbst von der gemeinen Straße abgeschnitten habe, denn hier stehen nicht solche Handlungen in Frage, wie in dem dortigen Falle, sondern ein theilweiser Verkauf, bei welchem auch abgesehen von dem Titel der Widmung aus L.R.S. 1135 folgt, daß die Verkäuferin sich die für ein landwirthschaftliches Anwesen unbedingt nothwendigen Zugänge zum Gehen und Fahren vorbehalten habe. **Dr. Puchelt.**

153.

Die Thatsache allein, daß bei einem späteren Eigenthumsübergang die bei einem früheren bedungene Grunddienstbarkeit nicht bestimmt bezeichnet worden ist, hat keinen Einfluß auf deren Bestand. L.R.S. 706. 707.

In Sachen

des Johann Peter Stüpfert, Korbmachers in Pforzheim, Klägers, Appellanten, Oberappellanten,

gegen

Ernst Dillmann, Bijouteriefabrikanten dort, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten,

Eigenthumsfreiheit betr.,

ist in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. November 1867 ausgeführt:

Zwischen dem Rechtsverhältniß, welches der L.R.S. 2265 zum Gegenstande hat, und demjenigen, welches die L.R.S.S. 706 und 707 behandeln, besteht ein wesentlicher Unterschied. Diese letzteren Sätze beziehen sich nämlich auf ein Rechtsverhältniß, welches zwischen dem dienenden Gute einerseits und dem herrschenden andererseits besteht. Dagegen betrifft es blos das dienende Gut, wenn, wie es L.R.S. 2265 unterstellt, ein Wechsel in der Person des Besitzers, resp. Eigenthümers desselben, sei es auch im Wege der Ersitzung, vor sich geht, indem dadurch das Gut von dem früheren Besitzer nur so, wie er es hatte, auf den Nachfolger übergeht, und das objective Rechtsverhältniß des Grundstückes an sich und insbesondere in seiner Beziehung zu dem Nachbarsgut nicht geändert wird. (Schl. folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 47.

(Schluß von Art. 155.)

Es können daher die gesetzlichen Vorschriften, welche einen solchen — blos das dienende Gut berührenden Vorgang normiren, nicht auch da als maaßgebend betrachtet werden, wo es sich um das Rechtsverhältniß zwischen diesem Gute selbst und andern Gütern handelt. Um Wirkung auch auf solche Verhältnisse zu äußern, bedarf es vielmehr noch anderer Momente, wie sie der L.R.S. 707 aufführt, sei es ein gewisses eigenes Verhalten des Besitzers des herrschenden Gutes, oder seien es Vorgänge auf Seiten des dienenden Gutes, welche sich als direct gegen das Recht des herrschenden Gutes gerichtet kund geben, wie auch schon im römischen Recht bei negativen Servituten, wie die vorwürfige, die usucapio libertatis erforderlich war. Im vorliegenden Falle war aber vielmehr der bisherige Besitzstand des Klägers bezüglich des dienenden Grundstückes immer von der Art, wie es der von dem beklagten Gute angesprochenen Dienstgerechtigkeit entsprach.

Mit dieser Anschauung trifft denn auch die Bestimmung des L.R.S. 2264 zusammen, wornach in Vergleichung mit dem übrigen Inhalt des betreffenden Titels über die Verjährung und mit dem Inhalt des Titels über die Servituten, insbesondere L.R.S. 690. 706 und 707, für die Verjährung der Servituten nur die in dem Titel über die Servituten aufgestellten Regeln maaßgebend sind, und also der im L.R.S. 2265 behandelten Eigenthumsersitzung jeder Einfluß auf die Verjährung der Servituten abgesprochen ist.

Aus der Bestimmung des angeführten L.R.S. 2265 und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich auch, daß die klägerischer Seits angerufene Vorschrift des L.R.S. 2180 über den Einfluß der Eigenthumsersitzung auf die Erlöschung der Unterpfands- und Vorzugsrechte keine Anwendung auf die, eine ganz andere Art von Rechten bildenden Grunddienstgerechtigkeiten finden kann.

Die hier ausgeführte Ansicht wird von den gewichtigsten Autoritäten getheilt:

m. vrgl. Dalloz, Rép. Bd. XL. p. 324 servitude No. 1237 ff.

Pardessus, servitude Bd. 2 No. 306.

Demolombe, droit civ. Bd. VI. S. 583 bis 584 No. 1004 ff.

Aubry et Rau sur Zach. (3. Ausg. 1863) Bd. II. S. 577 §. 255 Note 21.

Nach dem Obigen blieb es also ohne Erheblichkeit für die Dienstgerechtigkeit wenn nach der ursprünglichen Errichtung derselben bei einem Rechtsübergange des dienenden Gutes in der deßfallsigen Erwerbsurkunde zwischen dem früheren Besitzer desselben und seinem Nachfolger die Dienstgerechtigkeit in einer weniger bestimmten Fassung, als in der Errichtungsurkunde angeführt wurde.

Mit noch weniger Grund kann Kläger sich darauf berufen, daß in dem Grundbuchseintrag über den Uebergang des herrschenden Gutes von Georg Heintz auf dessen Wittwe vom 13. Mai 1859 die fragliche Dienstgerechtigkeit nicht erwähnt wurde; denn die dabei zu Grund gelegte Erbtheilung betraf nur die Auseinandersetzung zwischen der Wittwe des Heintz und deren Kindern und kann von Dritten nicht angerufen werden; auch versteht sich dabei ohnehin, daß ein einem Gemeinschaftstheilhaber zugetheiltes Stück der Verlassenschaft, wenn nichts Besonderes bestimmt ist, mit allen Rechten, wie sie dem Erblasser zustanden, überlassen sein sollte, wie denn auch bei der Weiterveräußerung dieses Gebäudes von Seiten der Wittwe Heintz an den jetzigen Beklagten in dem Grundbuchseintrag vom 13. März 1860 die für das Gebäude unterm 28. März 1822 bedungenen Dienstgerechtigkeiten ausdrücklich aufgenommen wurde.

Die abweislichen Urtheile der Vorderinstanzen waren daher und zwar gemäß §. 170 der Pr.O. unter Verfällung des Klägers, Oberappellanten, auch in die Kosten der dritten Instanz zu bestätigen. Red.

156.

Zur Anwendung des §. 479 des Str.G.B.

Ein Angehöriger der Schweiz, Gottlieb Vollier aus Horgen, Kantons Zürich, stand wegen einer großen

Anzahl von Fälschungen von Privaturkunden gleichzeitig in der Schweiz und im Großherzogthum Baden in Untersuchung. Er wurde wegen 12 Fällen am 27. Juni 1867 durch Urtheil der Criminalabtheilung des Obergerichts des Kantons Zürich in Schwurgerichtssachen auf Grundlage seines Geständnisses des ausgezeichneten Betrugs im Gesammtbetrage von ungefähr 4500 Franken für schuldig erklärt und deßhalb zu sechs Jahren Zuchthaus verurtheilt. Hierauf wurde er wegen 4 Fällen am 14. August 1867 durch Urtheil des Kreis- und Hofgerichts Konstanz, Strafkammer, der in fortgesetzter That verübten Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht, welche mit dem durch Urtheil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Juni 1867 abgeurtheilten Verbrechen des ausgezeichneten Betrugs ein fortgesetztes Verbrechen bildet, für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre oder $^2/_3$ Jahre Einzelhaft und zu einer Geldstrafe von 200 fl., welche im Falle der Unbeibringlichkeit in eine Arbeitshausstrafe von einem weiteren Monat oder, in Einzelhaft erstanden, von $^2/_3$ Monaten verwandelt wird, verurtheilt.

Die vom Züricher Obergericht abgeurtheilten Uebertretungen sind vom Verurtheilten im Auslande gegen im Auslande befindliche Ausländer, die von der Strafkammer Konstanz abgeurtheilten von demselben im Inlande verübt worden.

Gegen das Urtheil der Strafkammer Konstanz hat die Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde angezeigt mit folgender Begründung:

„Als Beschwerdegrund wird geltend gemacht, daß der Gerichtshof bei der Urtheilsfällung das Gesetz zum Vortheil des Angeklagten unrichtig ausgelegt und angewendet und zwar die im Inlande verübten Urkundenfälschungen als fortgesetztes Verbrechen mit den in der Schweiz, namentlich im Kanton Zürich begangenen und von dem Obergericht daselbst am 27. Juni d. J. abgeurtheilten Urkundenfälschungen betrachtet und behandelt und deßhalb blos eine Zusatzstrafe zu der von dem gedachten Obergericht ausgesprochenen Strafe erkannt hat. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird demnach auf §. 375 Ziff. 2 in Verbindung mit §. 373 Ziff. 7 der Str.P.O. gestützt. Um bei mehreren zusammentreffenden verbrecherischen Handlungen ein fortgesetztes Verbrechen annehmen zu können, ist selbstverständlich nothwendig, daß alle diese Handlungen in dem Lande, wo das Urtheil gegeben wird, auch strafbar sind oder zur Strafe gezogen werden können. Es folgt dieses schon aus der allgemeinen Bestimmung in §. 1 des Str.G.B. und geht noch insbesondere aus der Vorschrift des §. 479 des Str.G.B. hervor, wornach mehrere Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht als fortgesetztes Verbrechen zu bestrafen sind, wenn sie als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils unter sich zusammentreffen oder doch zusammentreffen können. Dieses ist nun aber hinsichtlich der vom Obergericht in Zürich abgeurtheilten Fälschungen nicht der Fall. Denn diese Fälschungen sind von einem Ausländer im Auslande an Ausländern verübt worden. Sie sind daher zu Folge des sogen. Territorialprinzips nach Ansicht der §§. 5 u. 6 des Str.G.B. in unserem Lande nicht strafbar, sie können also mit den im Inlande verübten Fälschungen nicht als Gegenstand des nämlichen inländischen Strafurtheils zusammentreffen, somit auch nicht als fortgesetztes Verbrechen betrachtet und behandelt werden. v. Jagemann, Beitr. zur Erläuter. der neuen Strafgesetzgebung Bd. I. S. 286 ff. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 2. Aufl. S. 215. — Der Umstand, daß die in unserem Lande verübten Fälschungen mit den im Auslande begangenen Fälschungen als Gegenstand des Züricher Urtheils hätten zusammentreffen können, ist für die diesseitigen Gerichte nicht maaßgebend, indem diese sich nicht auf den Standpunkt eines ausländischen Richters stellen dürfen. — Es kommt daher hier lediglich der §. 3 des Str.G.B. zur Anwendung und hätte somit die in §. 430 gedrohte Strafe unbeschränkt und nicht blos eine Zusatzstrafe zu einer in einem ausländischen Urtheil geschöpften Strafe erkannt werden sollen. — Schließlich wird der Antrag gestellt, das Urtheil der Strafkammer, insoferne gegen den Angeklagten nur eine Zusatzstrafe erkannt wurde, aufzuheben, dagegen den Angeklagten in eine Arbeitshausstrafe von 3—4 Jahren und in eine Geldstrafe von 300—400 fl., sowie in die Kosten zu verfällen."

Diese von der Staatsanwaltschaft vertheidigte Ansicht dürfte nach den Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches nicht haltbar sein.

Wenn zur Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde sich auf das sogen. Territorialprinzip berufen wird, so wird man sich vor Allem Rechenschaft über die beiden Fragen geben müssen: worin besteht dieses Prinzip und in wie weit ist es durch unser Strafgesetzbuch anerkannt? Die erste dieser Fragen beantwortet der zur

Digitized by Google

Unterstützung der Beschwerde citirte Berner a. a. O. §. 128 dahin: „Aus der Souveränetät des Staates folgt das Recht desselben, alle auf seinem Territorium verübten Verbrechen zu strafen: Territorialitätsprinzip.“ Berner fügt noch bei: „Der Unterschied von Inländern und Ausländern ist dabei gleichgiltig. Der auf unserem Staatsgebiete weilende Ausländer wird durch die Strafgesetze unseres Staates ebenso geschützt als verpflichtet“ — und in §. 129: „Die Herrschaft des Territorialitätsprinzipes endet an den Grenzen des Territoriums.“

Prüfen wir nun, in wie weit in unserem Strafgesetzbuch diesem Prinzip Rechnung getragen ist, so stoßen wir auf nicht wenige Bestimmungen desselben, welche sich mit jenem Grundsatz und dessen Consequenzen nicht vereinigen lassen. Ebensowenig, als eine bestimmte Strafrechtstheorie unserem Strafgesetzbuche zu Grunde liegt und darin folgerichtig durchgeführt erscheint, wird man das reine Territorialitätsprinzip in demselben überall und bis in seine letzten Folgerungen angewendet finden, sondern viele Abweichungen davon entdecken können, da die Bedürfnisse des Lebens gebieterischer sind, als die Consequenzen eines Theorems.

In §. 3 des Str.G.B. ist allerdings das Territorialitätsprinzip ausgesprochen. Demselben setzt aber sofort §. 4 erster Absatz ein anderes Prinzip zur Seite, wodurch jenes modificirt wird, nämlich das sogen. Personalitätsprinzip, welches darin besteht, daß „den Inländer unsere Strafgesetze nicht blos territorial, sondern auch während seines Aufenthaltes im Auslande, also personal verpflichten.“ Berner a. a. O. §. 129 No. 1. Daß die in §. 4 getroffene Bestimmung kein Ausfluß aus dem Territorialitätsprinzip, sondern eine Verletzung desselben ist, wird nicht zu bestreiten sein. Wie nämlich der Staat, von einem Territorialitätsprinzip ausgehend, für sein Gebiet keine andere Strafbefugniß, als seine eigene, anerkennen kann, ebenso folgt aus jenem Princip, daß er andere Staaten in derselben Berechtigung anerkennen muß, so daß er ihrer Verwaltung der Strafgerechtigkeit in ihren Gebieten ausschließliche Wirksamkeit zuzugestehen, dagegen seine Strafgewalt auf sein eigenes Gebiet zu beschränken hat und seinem eigenen Strafgesetz über die Grenzen seines eigenen Gebiets hinaus keine Geltung zuschreiben darf.

Eine weitere Abweichung vom Territorialitätsprinzip und zugleich eine Verletzung des Personalitätsprinzips setzt §. 5 des Str.G.B. fest, der den Ausländer wegen der im Auslande verübten Handlungen, wenn sie nicht gegen das Ausland oder dessen Behörden oder einen im Auslande befindlichen Ausländer gerichtet sind, gleichfalls vor das inländische Forum zieht, da doch hier der Verbrecher nach dem Personalitätsprinzip vermöge seiner Eigenschaft als Ausländer nur seinem Heimathsstaate und nach dem Territorialitätsprinzip vermöge seiner im Auslande geäußerten verbrecherischen Thätigkeit nur dem Staate, wo er gehandelt, verantwortlich und unterworfen ist. Und eine fortgesetzte Verletzung des Territorialitätsprinzips enthalten §. 4 zweiter Absatz und §. 6 in der Richtung, daß in gewissen Fällen die ausländischen Strafgesetze in Anwendung kommen sollen, während das Territorialitätsprinzip, weil es nur die auf dem inländischen Gebiete verübten Verbrechen zu verfolgen erlaubt und weil es auf dem eigenen Gebiete die Herrschaft keines anderen Gesetzes, als des eigenen, anerkennen kann, auch nur die Anwendung des inländischen Strafgesetzes gestattet, wie in §. 3 des Str.G.B. festgesetzt ist, wovon daher, sowie von der vollen Strenge des Territorialitätsprinzips die Bestimmungen des §. 4 zweiter Absatz und des §. 6 Ausnahmen enthalten.

Auch §. 7 des Str.G.B., welcher die Nichtauslieferung der Inländer ausspricht, beeinträchtigt das Territorialitätsprinzip, welches fordert, daß Jeder nur von dem Staate, in dessen Gebiet er eine Uebertretung begangen hat, zur Rechenschaft gezogen wird, daß das Inland, in Anerkennung dieses von ihm selbst in Anspruch genommenen und daher auch anderen Staaten einzuräumenden Grundsatzes, entweder dem fremden Staat, in dessen Gebiet ein Inländer gefrevel hat, gestatten muß, sich der Person des im Inlande befindlichen Thäters zum Zweck seiner gerichtlichen Verfolgung und Bestrafung selbst zu bemächtigen, oder sich entschließen muß, den eigenen Staatsangehörigen dem auswärtigen Staate auszuliefern, daß er aber, da er vermöge seiner unabhängigen Hoheitsgewalt (Souveränetät, Territorialhoheit) unter allen Umständen eine Gebietsverletzung nicht dulden kann, nothwendig die zweite Alternative zu ergreifen hat. Gegenüber diesem aus dem Territorialitätsprinzip abfließenden Folgesatz der Auslieferung der im Auslande sich vergehenden Inländer ist jedoch sowohl in der Doktrin als in den neueren Gesetzbüchern der

Digitized by Google

entgegengesetzte Grundsatz der Nichtauslieferung der Inländer zur allgemeinen Geltung gelangt, indem einerseits der Würde und Schutzpflicht des Staates die Auslieferung der eigenen Angehörigen widerspricht, andererseits ein Vergehen, welches den Staat zu einem Einschreiten gegen einen Unterthan veranlaßt, in diesem Staate selbst und nicht im Auslande seinen natürlichen Richter findet.

Nur §. 8 des Str.G.B. enthält insofern einen Ausfluß aus dem Territorialitätsprinzip, als die Urtheile zuständiger ausländischer Gerichte auch im Inlande anerkannt werden, es müßte aber, wenn jenes Prinzip hier in seiner Reinheit aufrecht erhalten werden wollte, diese Anerkennung, weil nach dem Territorialitätsprinzip die Zuständigkeit auswärtiger Staaten sich nur auf die innerhalb ihres Gebietes verübten Uebertretungen erstreckt, lediglich auf diejenigen Urtheile zu beschränken sein, welche wegen der im Auslande begangenen Verbrechen von dem Staate, in dessen Gebiet sie verübt worden sind, erlassen werden, was jedoch der Sinn des §. 8 nicht ist. Ferner ist mit der Folgerichtigkeit jenes Prinzips eine von einem inländischen Gerichte zu geschehende Wiederaufnahme des Verfahrens wegen einer im Auslande verübten und daselbst abgeurtheilten strafbaren Handlung überhaupt unvereinbar, und es steht daher §. 8, der ein neues Verfahren für alle Uebertretungen anordnet, welche nach dem I. Titel des Str.G.B. der Strafgerichtsbarkeit des Inlandes verfallen, aber von einem auswärtigen Staate nach dessen Gesetzgebung bereits abgeurtheilt wurden, im Ganzen ebenfalls im Widerspruch mit dem Territorialitätsprinzip.

Nicht minder weicht endlich die Vorschrift des §. 9 des Str.G.B. von den Konsequenzen, welche aus jenem Prinzip abgeleitet werden müssen, deßhalb ab, weil die im Auslande verübten und daselbst bestraften Verbrechen das Inland und dessen nur auf das eigene Gebiet anwendbare Strafgesetze in keiner Weise berühren, daher es, vom Standpunkte des Territorialitätsprinzips aus beurtheilt, inkonsequent erscheint, einem ausländischen Urtheile für den Verurtheilten gewisse nachtheilige Folgen, welche nach den inländischen Gesetzen mit einem gleichen Strafurtheile inländischer Gerichte verbunden sind, nach Maaßgabe der inländischen Gesetzgebung beizulegen, obwohl durch die im Auslande begangene That nach dem Territorialitätsprinzip das inländische Strafgesetz nicht übertreten und die inländische Strafgerichtsbarkeit nicht begründet worden ist. Danach hätte man im Inlande vielmehr diejenigen Folgen anzuerkennen, welche dem ausländischen Urtheile nach dem ausländischen Gesetze für das Ausland zukommen, hätte sogar die Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile, welche vom Staate des begangenen Verbrechens gefällt sind, anzuerkennen und demzufolge auf Ersuchen des Auslandes an den im Inlande befindlichen Verurtheilten entweder dieselben selbst zu vollziehen — wodurch man aber in einen Konflikt mit der eigenen Souveränetät gerathen würde, daher auch nur in Staatsverträgen ausnahmsweise ein solcher Vollzug zugesagt ist — oder man hätte die Verurtheilten zum Zwecke der Vollstreckung an das Ausland auszuliefern, was jedoch bezüglich der Inländer im Gegensatz zu den aus dem Territorialitätsprinzip abfließenden Folgerungen heut zu Tage keine Strafgesetzgebung zuläßt, und bezüglich der Ausländer nur auf den Grund von Staatsverträgen geschieht. — Ebenso stimmt §. 184 des Str.G.B., insofern er bei Aufzählung der Erfordernisse eines Rückfalls ausländische Urtheile den inländischen gleichsetzt, nicht mit der Natur des Territorialitätsprinzips überein, da durch ausländische Urtheile in Folge dieses Prinzips nur im Auslande verübte Uebertretungen geahndet werden, welche nach eben diesem Prinzip das einheimische Strafgesetz nicht verletzen, folglich die Strafgewalt des Inlandes nicht begründen und daher auch im Inlande nicht diejenigen Wirkungen äußern können, welche inländischen Strafurtheilen für das Inland zukommen. Das Gleiche gilt von §. 151 No. 4 des Str.G.B., insoweit sich diese Bestimmung auch auf ausländische Straferkenntnisse bezieht.

In dieser vielfachen Weise hat unser Strafgesetzbuch bei Beantwortung der Frage über die Herrschaft des Strafgesetzes rücksichtlich des Ortes und der Personen das Territorialitätsprinzip verlassen, hat neben demselben auch andere Grundsätzen des Strafrechts und der Strafpolitik als berechtigt anerkannt und ihnen den gebührenden Einfluß eingeräumt, und hat dadurch allerdings sich nicht auf den rein philosophischen Standpunkt gestellt, welchem die folgerichtige Durchführung eines obersten allgemeinen Satzes über Alles geht, sondern sich nach den Forderungen des positiven Rechtszustandes gerichtet, welchem häufig mit den starren Konsequenzen eines Prinzips wenig gedient wäre, dagegen mit

Digitized by Google

demjenigen, was das praktische Bedürfniß verlangt, welchem die Gesetzgebung überall und von jeher in vollem Maaße zu entsprechen bemüht war, wohl am besten gedient ist. Es wird daher nicht angehen, deßhalb weil man in unserem Strafgesetzbuch Ausflüsse und Spuren des sog. Territorialitätsprinzips findet, dasselbe so zur Anwendung zu bringen, als ob es von unserer Strafgesetzgebung als das allein gültige und in allen seinen Folgerungen maaßgebende Prinzip aufgestellt wäre, obgleich zugestanden werden muß, daß in obigem Rechtsfalle, die ausschließliche Anwendbarkeit des Territorialitätsprinzips [1]) vorausgesetzt, die Entscheidung nach Ansicht der Staatsanwaltschaft zu treffen gewesen wäre. Man wird vielmehr darauf verzichten müssen, auf den Grund der Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches jenes Prinzip in seiner vollen Strenge durchführen zu können, und sich in allen Fällen, welche nicht ausdrücklich im Gesetzbuche selbst entschieden sind, damit begnügen müssen, Folgerungen aus den gegebenen Vorschriften zu ziehen.

Ebensowenig, als die aus dem Territorialitätsprinzip abgeleiteten Folgerungen vermögen die angerufenen Autoritäten von Jagemann und Berner die Nichtigkeitsbeschwerde zu unterstützen.

Der Erstere behauptet a. a. O. weder für unsere Strafgesetzgebung die ausschließliche Geltung des Territorialitätsprinzips sammt seinen Konsequenzen, noch entscheidet er daselbst unseren Fall im Sinne der Staatsanwaltschaft, da er ihn mit keinem Worte berührt. Berner aber ist weit davon entfernt, auch für das gemeine Strafrecht und vom Standpunkte der Wissenschaft aus das Territorialitätsprinzip als das allein maaßgebende zu bezeichnen, er führt vielmehr neben jenem Prinzip als gleichberechtigt noch das Personalitätsprinzip und das natürliche Strafrecht in den §§. 128 und 129 seines Lehrbuches an und kommt bezüglich der Frage: welche Strafgesetze jeweils anzuwenden seien, zu dem Ergebniß, daß in allen Fällen, wo die Strafgewalt des Inlandes begründet ist, auch nur die inländischen Strafgesetze anzuwenden sind, und gerade in diesem Punkte stimmt unser Strafgesetzbuch — wenige Fälle (§. 4 Abs. 2, §. 6), worunter der vorliegende nicht gehört, ausgenommen — mit Berner überein. Es ist daher die Frage: wie die von dem Ausländer Gottlieb Vollier im Inlande verübten Fälschungen zu beurtheilen sind, lediglich und in jeder Beziehung nach unserem Strafgesetzbuche (§§. 3. 180. 181. 479) zu entscheiden, was auch das Oberhofgericht anerkannt hat, indem es die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft verwarf aus folgenden

Gründen:

„Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde erscheint zwar als zuläßig, weil es sich nach deren Begründung nicht um die unrichtige Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen, sondern um einen Rechtsirrthum des urtheilenden Gerichts bei Auslegung und Anwendung des Gesetzes handelt.

Sie erscheint jedoch als unbegründet. Sie ist nämlich dahin geltend gemacht, daß der Gerichtshof bei der Urtheilsfällung zum Vortheil des Angeklagten die im Inlande verübten Urkundenfälschungen als fortgesetztes Verbrechen mit den in der Schweiz begangenen und daselbst abgeurtheilten Fälschungen betrachtet und behandelt und deßhalb blos eine Zusatzstrafe zu der von dem Züricher Obergericht ausgesprochenen Strafe erkannt habe. Allein diese Beurtheilung der Strafkammer entspricht den Vorschriften der §§. 3. 181 und 479 des Str.G.B.

Hiernach ist der Angeklagte wegen der im Inlande verübten Uebertretungen nicht blos der Strafgewalt der

[1]) Auch nach Anderen, die wie z. B. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 523 ff., vom wissenschaftlichen Standpunkte aus bezüglich der Frage über die Anrechnung der Strafgewalt eines Staates als das allein maaßgebende Prinzip das Prinzip des internationalen Strafrechts aufstellen, wonach „auf andere Handlungen als diejenigen, welche von irgend welchen Personen innerhalb des Staatsgebiets oder außerhalb desselben von Unterthanen begangen werden, die staatliche Strafgewalt sich nicht erstrecken kann,“ Bar a. a. O. S. 527, hätten die von dem Ausländer Vollier in der Schweiz begangenen Fälschungen vor den badischen Strafgerichten gänzlich unberücksichtigt bleiben müssen. Es ist jedoch klar, daß auch diese Autorität bei Anwendung eines gegebenen Strafgesetzbuches, welches jenes Prinzip als das ausschließlich geltende nicht anerkennt, keinen entscheidenden Werth haben kann. Gleichwohl ist Bar a. a. O. S. 557 der Meinung, daß bei dem eigentlichen fortgesetzten Verbrechen (§. 180 des Str.G.B.) der Strafrichter, in dessen Gebiet auch nur Eine der mehreren das fortgesetzte Verbrechen enthaltenden Handlungen vorgenommen ist, über sämmtliche zu erkennen habe. Im Allgemeinen wäre aber nach dem Prinzip des internationalen Strafrechts in den Fällen, von welchen die §§. 5 und 6 unseres Strafgesetzbuches handeln, die Strafgewalt des Inlandes ausgeschlossen.

Digitized by Google

inländischen Gerichte, sondern auch den inländischen Strafgesetzen unterworfen, §. 3. Nach Grund und Zweck der §§. 181. 479 sollen nun mehrfache Fälschungen von Privaturkunden aus Gewinnsucht, welche gleichzeitig den Gegenstand der Strafverfolgung und gerichtlichen Beurtheilung bilden, auch wenn ihnen die Merkmale eines eigentlichen fortgesetzten Verbrechens, §. 180, nicht zukommen, dennoch als solches deßhalb angenommen und bestraft werden, weil hier die Strafbarkeit des Verbrechers sich hauptsächlich nach der Größe des beabsichtigten oder erlangten Gewinnes, beziehungsweise der beabsichtigten oder zugefügten Beschädigung richtet, somit die Zusammenrechnung des Betrags mehrerer Uebertretungen von selbst eine angemessene Straferhöhung zur Folge hat. Dadurch ist aber die Anwendung des §. 479 seinem Sinne nach nicht ausgeschlossen und rechtlich kein Unterschied begründet, daß die strafgerichtliche Verfolgung und Beurtheilung von mehreren Gerichten, wovon das eine ein ausländisches ist, ausgeht, indem von dieser Zufälligkeit die höhere oder geringere Strafbarkeit der That und die Anwendung des Strafgesetzes nicht abhängen kann. Die in §. 479 vorkommende Fassung: „wenn sie (d. i. die mehrfachen Fälschungen zc.) als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils unter sich zusammentreffen," muß in Einklang gebracht werden mit der Bestimmung des §. 478, da §. 479 auf dem gleichen Prinzip beruht [2]), ferner mit der Bestimmung in §. 180, welcher die Vorschrift, daß die mehrfachen Uebertretungen nur unter der Voraussetzung ihres Zusammentreffens im nämlichen Strafurtheil als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen bestraft werden, nicht enthält [3]), weiter mit der Bestimmung in §. 181, wonach die uneigentlichen fortgesetzten Verbrechen, §§. 373. 478. 479. 691, gerade wie das eigentliche fortgesetzte Verbrechen, §. 180, beurtheilt und bestraft werden [4]), endlich mit dem Geiste des Gesetzes, wonach nur erforderlich ist, daß die mehrfachen Fälschungen unter sich zusammentreffen, nämlich begangen werden, ohne daß deren Verübung durch ein verkündetes Strafurtheil von einander getrennt ist, so daß nur das Dasein der Voraussetzungen der Rückfälligkeit, §. 184, die Anwendung des §. 479 ausschließen würde [5]). Eine andere Auslegung des Ge-

---

[2]) Der §. 479 des Str.G.B. enthält nur eine Ausdehnung des in §. 478 des Str.G.B. in Bezug auf die Verbrechen des gemeinen Diebstahls und der Unterschlagung ausgesprochenen Grundsatzes auch auf die Verbrechen der Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht und des gewinnsüchtigen Betrugs. Eine getrennte Behandlung der letztgenannten Verbrechen in dem besonderen §. 479 wurde augenscheinlich nur deßhalb getroffen, weil der Schlußsatz des §. 478, welcher von erschwerenden Umständen, die bei den Verbrechen des Diebstahls und der Unterschlagung vorkommen können (§. 385 und §. 404), handelt, auf die in §. 479 bezeichneten Verbrechen der Fälschung und des Betruges, bei welchen solche Umstände nicht vorkommen, nicht paßt. Man vergl. den Commissionsbericht von Aschbach S. 42, bei Buchelt, Strafgesetzbuch S. 752. — Die in §. 479 aufgenommenen Worte: „als Gegenstand des nämlichen Strafurtheils," welche in §. 478 fehlen, bezwecken daher keineswegs eine andere rechtliche Beurtheilung der in §. 479 behandelten Verbrechen, als der in §. 478 aufgeführten, namentlich nicht die Beifügung einer weiteren Voraussetzung, wovon §. 478 schweigt.

[3]) Er kann diese Vorschrift nicht enthalten, weil dieselbe dem Begriff eines fortgesetzten Verbrechens, wie er in §. 180 aufgestellt ist, geradezu widerspricht, indem das in mehreren Uebertretungen zu Tage getretene einzige Verbrechen dadurch kein anderes wird und somit die Eigenschaft der Einheit nicht verliert, daß nicht alle einzelnen Fortsetzungshandlungen Gegenstand eines einzigen Urtheils sind oder sein können.

[4]) Weil die uneigentlichen fortgesetzten Verbrechen zu Folge des §. 181 nach der Vorschrift des §. 180 behandelt werden sollen, so wird man bei denselben nicht noch ein weiteres, in §. 180 nicht aufgeführtes Erforderniß, und zwar ein solches, welches erst nach Verübung der That eintreten kann und dessen Eintritt zudem vom Zufall abhängt, aufstellen können, wozu diejenige Gesetzesstelle, die den Grundsatz ausspricht (§. 180) durchaus keine Veranlassung gibt, sondern welches man nur aus mehreren von den Gesetzesstellen, welche eine Anwendung jenes Grundsatzes aussprechen und den regelmäßigen Fall gleichzeitiger Aburtheilung aller das fortgesetzte Verbrechen enthaltenden Uebertretungen im Auge haben (§§. 373. 479. 691), abzuleiten versucht wird, obgleich es unzweifelhaft ist, daß sie eine Abänderung des Grundsatzes selbst nicht vornehmen wollen.

[5]) Für den Fall, daß bei den in den §§. 373. 478. 479. 691 genannten Verbrechen die Voraussetzungen des eigentlichen fortgesetzten Verbrechens (§. 180) vorhanden sind, wurden die Gesetzesbestimmungen in den §§ 181. 373 zc. selbstverständlich nicht erlassen, denn hier ist man nicht genöthigt, behufs der milderen Beurtheilung sämmtlicher Uebertretungen des nämlichen Strafgesetzes zu der Fiction eines fortgesetzten Verbrechens (§. 181) seine Zuflucht zu nehmen, da der Zweck des Gesetzes durch die ohnedies gebotene Anwendung des §. 180 erreicht wird. Die Anwendbarkeit der §§. 181. 373 zc. ist vielmehr auf das Dasein der Voraussetzungen des realen Zusammentreffens, §. 170 ff., allein berechnet, mögen die mehrfachen Uebertretungen bei diesen uneigentlich fortgesetzten Verbrechen Gegenstand des nämlichen Strafurtheils, §. 170, oder mehrerer Strafurtheile, §. 179, sein. — Die Bestimmung des §. 399 beruht auf einem anderen Grunde, sie will den sonst blos polizeilich strafbaren Feldfrevel, wenn er unter den Voraussetzungen des §. 399 zum Gewohnheitsfrevel wird, ge-

Digitized by Google

setzes würde zu dem vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten, dem obersten Prinzip der Gerechtigkeit widersprechenden Ergebnisse führen, daß im vorliegenden Falle der Angeklagte aus dem Grunde, weil er ein Ausländer ist, härter bestraft werden müßte, als wenn er ein Staatsangehöriger wäre.[6])

Aus diesen Gründen ꝛc."[7]) Selb.

---

richtlich bestraft haben und fingirt daher ein fortgesetztes Verbrechen nicht zum Zweck einer milderen, sondern einer härteren Beurtheilung.

[6]) Wenn der Angeklagte ein Inländer und daher nach den §§. 2. 3. 4 des Str.G.B. unzweifelhaft wegen aller sechszehn Fälschungsfälle der Strafgewalt des Inlandes unterworfen gewesen wäre, so hätten alle sechszehn Fälle als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen angenommen werden müssen und mit höchstens fünf Jahren Zuchthaus (§. 430) bestraft werden können. Nun aber, da er ein Ausländer ist und theilweise im Ausland abgeurtheilt wurde, hat er eine Freiheitsstrafe von sechs Jahren Zuchthaus und einem Jahre Arbeitshaus zu erstehen, und es würde daher im Hinblick auf die Strafdrohung des §. 430 dem Geiste unsres Strafgesetzbuches wohl eher entsprochen haben, wenn wegen der vier in Baden verübten Fälschungen zwar eine Schuldigerklärung ergangen, aber (außer der Landesverweisung, welche jedoch nicht als eine Strafe anzusehen ist, sondern nur eine polizeiliche Sicherheitsmaaßregel bildet) — statt, wie die Nichtigkeitsbeschwerde verlangt, eine höhere als die ausgesprochene Arbeitshausstrafe — gar keine besondere Strafe mehr erkannt, vielmehr der für die vier in Baden verübten Fälschungen verschuldete Theil der Gesammtstrafe als schon in den wegen desselben Verbrechens gegen ihn bereits erkannten sechs Jahren Zuchthaus enthalten, erblickt worden wäre.

[7]) Da nach den §§. 180. 181. 479 des Str.G.B. die sechszehn Fälschungsfälle Vollier's als ein einziges (fortgesetztes) Verbrechen angenommen werden müssen, die mehrfachen Uebertretungen aber, welche jenes einzige Verbrechen bilden, in verschiedenen Gerichtsbezirken theils des Auslandes, theils des Inlandes begangen worden sind, so ist sehr fraglich: ob nicht nach §. 9 Abs. 3 oder nach §. 11 der Str.P.O. das Amtsgericht Konstanz, in dessen Bezirk die vier vom Angeklagten zuletzt verübten Fälschungen begangen worden sind, und welches früher als ein ausländisches Gericht Untersuchungshandlungen gegen denselben vorgenommen hat, für die Untersuchung und das Kreis- und Hofgericht Konstanz für die Aburtheilung nicht nur der vier im Inlande verübten, sondern überhaupt aller sechszehn Fälschungsfälle zuständig gewesen wäre? Bekk, Strafprozeßordnung S. 71 ff. und Amann, Strafprozeßordnung zu §. 11 Bem. 1 halten zwar den jetzigen §. 9 (früher §. 7) Abs. 3 der Str.Pr.O. nicht für anwendbar, weil er von mehreren Handlungen spricht, die nur zum Behufe einer einmaligen Uebertretung in verschiedenen Gerichtsbezirken vorgenommen wurden, und welche sämmtlich nur Bestandtheile der Ausführung einer einmaligen That sind, — dagegen aber findet nach ihnen jedenfalls §. 11 der Str.P.O. auch auf das fortgesetzte Verbrechen Anwendung, wo nach den §§. 180 und 181 des Str.G.B. mehrfache Uebertretungen vorliegen, welche zwar nur als eine That, als ein fortgesetztes Verbrechen behandelt werden, wo jedoch jede Handlung an und für sich ein selbstständiges Verbrechen ist und die Fiction des Gesetzes, daß dieselben miteinander nur als eine strafbare That erscheinen, sich nur auf die Strafbestimmung bezieht. Damit nun die Absicht dieser Strafbestimmung, welche durch die Beurtheilung der mehreren Handlungen als eine Einheit mildere Bestrafung des Verbrechers bezweckt, der streng genommen, sowohl beim eigentlichen (§. 180) als beim uneigentlich (§. 181) fortgesetzten Verbrechen für jede einzelne Uebertretung die volle Strafe besonders verwirkt hat, — im vorliegenden Falle nach Vorschrift der §§. 3. 181. 479 des Str.G.B. vollständig erreicht worden wäre, hätte nur ein einziges Gericht die Strafe für das ganze Verbrechen aussprechen müssen, und zwar, da die Strafgewalt des Inlandes im Allgemeinen begründet war, ein inländisches Strafgericht, woraus sich von selbst wieder ergibt, daß auch ein inländisches Untersuchungsgericht zur Untersuchung sämmtlicher Fälschungsfälle berufen war.

157.

Oberhofgerichtliche Entscheidungen über Zulässigkeit der Oberappellation.

1) Bei Alimentationsansprüchen.

Annal. 1864 (XXX.) No. 35 Ziff. 112 S. 275 bis 277.

In Sachen

des Leo Kupferer von Zusenhofen, unter Vormundschaft des Matthäus Vögele von Durbach, und der Franziska Kupferer von Zusenhofen, Beiklägerin, Appellanten, Oberappellaten,

gegen

Wilhelm Gaß von Bühl, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,

Alimentation betr.,

wurde die von dem Beklagten gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Offenburg, Appellationssenat, am 10. Mai 1867, No. 2112, eingeführte Oberappellation,

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle gemäß Pr.O. §. 1105 die im §. 15 der Pr.O. enthaltenen Vorschriften über Berechnung des Streitwerths maaßgebend sind, daß aber die in Ziffer 4 des §. 15 gegebene Bestimmung hier nicht als anwendbar erscheint, weil es sich hier zwar um bestimmte jährliche Leistungen, jedoch nicht um solche handelt, die fortdauernd oder für eine Zeit, deren Dauer von einem noch ungewissen Ereigniß im Sinne des Gesetzes abhängt, zu fordern sind,

Digitized by Google

in Erwägung, daß auch Ziff. 6 des §. 15 hier keine Anwendung findet, der Werth der auf eine bestimmte Zahl von Jahren zu fordernden periodischen Leistungen daher nach Maaßgabe der in §. 15 Ziff. 1 gegebenen allgemeinen Bestimmung zu ermitteln ist und zwar jedenfalls nach dem allgemeinen und natürlichen, auch im §. 42 Ziff. 3 des Sportelgesetzes anerkannten Grundsatze durch Abzug eines entsprechenden Betrags an der Gesammtsumme der periodischen Leistungen, wobei der feststehenden Rechtsübung gemäß die Berechnungsart des §. 727 auch §. 796. 801 der Pr.O. eine passende Analogie darbietet,

in Betracht, daß nach dieser für den Forderungsberechtigten vergleichungsweise günstigsten Berechnungsart bei einem wöchentlichen Ernährungsbeitrag von nur 48 kr., für höchstens 14 Jahre die Oberappellationssumme von 500 fl. (§. 1151) unzweifelhaft nicht vorhanden erscheint, wie der Oberappellant in seiner Oberappellationsausführung auch selbst nicht verkannte, und einer näheren Ausführung nicht bedarf,

in Erwägung, daß demnach das Rechtsmittel sich als unzulässig darstellt,

unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 17. October 1867, als unzulässig verworfen.

2) Bei Klagen auf Ausfolgung von Staatspapieren.

In Sachen

des Max Winterhalter von Ponty-Pool in England, vertreten durch seinen Generalbevollmächtigten Tobias Heizmann von Vöhrenbach, Klägers, Appellaten, Oberappellanten,

gegen

Josephine Hebting von Vöhrenbach, Beklagte, Appellantin, Oberappellatin,

Aufhebung eines Sperrbefehls betreffend,

wurde die von dem Kläger gegen das Urtheil des großh. Kreis- und Hofgerichts Constanz, Appellationssenat, vom 13. November 1866, Nr. 11,068, eingeführte Oberappellation durch oberhofgerichtliches Erkenntniß, unter Verfällung des Klägers in die dadurch verursachten Kosten, aus folgenden

Gründen

als unzulässig verworfen:

Der Kläger beschwert sich gegen die in zweiter Instanz ausgesprochene Abweisung seiner Klage, womit er die Aufhebung einer von der Beklagten auf einen $3^1/_2$ prozentigen badischen Rentenschein von 500 fl. erwirkten Zahlungssperre und die Ausfolgung dieses Scheins begehrt hatte.

Die Beschwerde ist jedoch unstatthaft, weil der Werth des Streitgegenstandes die Oberappellationssumme von 500 fl. nicht erreicht. (Schl. folgt.)

Anzeige.

Mit No. 48 wird das zweite Semester des Jahres 1867, und damit der **XXXIII.** Band der Annalen geschlossen.

Auch zukünftig wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

Die großherzoglichen Postämter wie die Buchhandlungen sind in den Stand gesetzt, die Zeitschrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Bestellungen auf das erste Semester des Jahres 1868 gefälligst bald gemacht werden.

Mannheim im Dezember 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

1867. Band XXXIII. No. 48.

(Schluß von Art. 157.)

Das nach dem fraglichen Rentenschein von der Staatskasse zu verzinsende Capital beträgt zwar 500 fl., da aber dasselbe von Seiten des Gläubigers nicht aufkündbar ist, daher — solange der Staatsverwaltung nicht eine Heimzahlung beliebt — nur durch einen Verkauf des Rentenscheins eingezogen werden kann, so läßt sich beim Anschlag seines Werths nicht sein Nominalbetrag berücksichtigen, vielmehr nur sein Verkehrswerth, mit a. W. sein Courswerth als entscheidend ansehen. (§. 15 Ziff. 1 vergl. mit §. 1105 d. Pr.O.) Der Kläger behauptet zwar, daß der Courswerth der 3½ prozentigen Rentenscheine zur Zeit der Klagerhebung, Ende Februar v. J., 92 % betragen habe, und daß zu dem sich hiernach auf 460 fl. belaufenden Werth des streitigen Rentenscheins noch die rückständigen Zinsen hinzuzurechnen seien rc. — Wäre aber auch der Cours der Rentenscheine zu 92 % gestanden, also das Capital des streitigen Rentenscheins mit 460 fl. zu berechnen, so würde immerhin der Streitwerth die Oberappellationssumme nicht erreichen, da der dem Capital noch beizuschlagende Betrag der Zinsen für die Zeit vom 1. September 1864 bis zum Tag der Verkündung des Urtheils zweiter Instanz (§. 1105 Ziff. 2 der Pr.O.) nur 39 fl. 40 kr. ausmacht.

3) Bei dem verfallenen Theil einer in Zielern zu zahlenden Schuld, wenn diese selbst in Frage gestellt wird.

Vrgl. Annal. 1862 (XXVIII.) No. 5 Art. 11 S. 33.
1866 (XXXII.) No. 2 Ziff. 6 S. 14.

In Sachen

des Gregor Henkel von Schwandorf, vertreten durch den Massepfleger, Xaver Kempter von da, Klägers, Appellanten, Oberappellaten

gegen

Valentin Kästle jun. von da und dessen Ehefrau, Crescentia geb. Futterknecht, Beklagte, Appellaten, Oberappellanten,

Forderung betreffend,

besagen die

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 15. October 1867:

Was die in Frage gezogene Zulässigkeit der von den Beklagten gegen das Urtheil des Appellationsgerichts ergriffene Oberappellation betrifft, so ist die Oberappellationssumme, die hier 500 fl. beträgt, als vorhanden anzunehmen, weil die von klägerischer Seite eingeklagten Pachtschillinge, beziehungsweise Pachtschillingsreste von zwei Jahren, die allerdings nur 361 fl. 30 kr. betragen, nicht blos an sich, sondern zugleich aus dem Grunde bestritten werden, daß der Bürgschaftsvertrag, aus welchem die Verbindlichkeit der Beklagten für jene Pachtschillinge abgeleitet wird, unwirksam sei, und daher hier mittelbar über den Bestand jenes ganzen Rechtsverhältnisses erkannt wird, dasselbe aber sich auf eine Pachtperiode von 12 Jahren zu 300 fl. jährlich bezieht, die jetzt noch 8 Jahre dauert, also einen Betrag von 2400 fl. umfaßt.

4) Gegen eine Verfügung, womit dem Gericht erster Instanz vom Appellationssenat die Abnahme eines Eides, auf welchen rechtskräftig erkannt ist, aufgetragen wird.

In Sachen

des Friedrich und Peter Keller in Mannheim, Kläger, Widerbeklagte, Appellaten, nun des Erstern allein, Oberappellanten

gegen

Karl Heinrich Keller, Kaufmann Heinrich Ernst und dessen Ehefrau Susanna geb. Keller und J. A. Langenbach als Vormund des entmündigten Peter Mathias Keller, sämmtlich in Mannheim, Beklagte,

Digitized by Google

Widerkläger, Appellanten, nun Jakob Holzmüller als Vormund für Peter Mathias Keller, Oberappellaten,

Rechnungsstellung betreffend.

Durch Beschluß des Appellationssenats des großh. Kreis- und Hofgerichts Mannheim vom 26. November v. J. wurde das großh. Amtsgericht daselbst beauftragt, den Beklagten, Widerklägern C. H. Keller, H. Ernst und dessen Ehefrau, sowie dem, am 26. October v. J. zum Vormund des entmündigten M. Keller ernannten, Jakob Holzmüller den durch zweitinstanzliches Urtheil vom 16. April v. J. auferlegten Eid abzunehmen. —

Gegen diesen Beschluß ergriff Kläger, Widerbeklagter die Oberberufung, indem er sich dadurch beschwert erachtete, daß Jakob Holzmüller zur Ausschwörung des urtheilsmäßigen Eides zugelassen wurde, obgleich der frühere Vormund des M. Keller, Abraham Langenbach, in der auf den 12. October v. J. anberaumt gewesenen ersten Eidestagfahrt erklärt hatte, daß er die Ausschwörung des Eides verweigere. —

Diese Appellation wurde jedoch von großh. Oberhofgericht am 2. April 1867 aus folgenden

Gründen

als unzulässig verworfen:

„Der mit ihr angefochtene Beschluß ist, da er nur einen Auftrag an das Untergericht zur Abnahme eines Eides und keine Entscheidung über den Gegenstand des Streits enthält, weder seiner Form noch seinem Inhalte nach als ein Enderkenntniß anzusehen, stellt sich vielmehr lediglich als eine prozeßleitende Verfügung dar.

Beschwerden gegen derartige Verfügungen können aber — abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle des §. 374 der Pr.O. — erst beim spätern Gebrauche von Rechtsmitteln gegen das Enderkenntniß geltend gemacht werden. (§. 373 und §. 1101 der Pr.O.) Liegt daher auch in der Verfügung vom 26. November v. J. eine Ablehnung der vom Widerbeklagten auf Grund der Eidesverweigerung des Vormunds Langenbach gestellten Bitte um sofortige Purifikation des Urtheils, — und ist insofern allerdings ein Recht des Widerbeklagten zu einer Beschwerde gegen jene Verfügung begründet, so ist er gleichwohl nicht befugt, die Beschwerde schon jetzt geltend zu machen, — dazu vielmehr erst dann und in dem Falle berechtigt, wenn das Enderkenntniß zu seinem Nachtheil ausfällt, wenn also der neu ernannte Vormund den Eid ablegen und daraufhin ein dem Antrage der Widerklage entsprechendes Purificationserkenntniß ergeben sollte, — wohingegen die Beschwerde gänzlich wegfallen würde, wenn jener Vormund den Eid ebenfalls verweigern oder das Appellationsgericht bei Fällung des Enderkenntnisses von der Ansicht, welche dem angefochtenen Beschluß zu Grunde liegt, wieder abgehen, oder endlich die Leistung des Eides durch einen der Streitgenossen für genügend erachten sollte. —

---

5) Gegen ein Erkenntniß des Appellationssenats, worin wegen nachträglicher Aenderung thatsächlicher Verhältnisse der im Urtheil festgesetzte Wahrheitseid in einen Wisseneid umgewandelt ist.

In Sachen

der Gemeinde Rust, Klägerin, Appellantin, Oberappellatin, Adhärentin

gegen

Joseph Zivi von Müllheim, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten, Adhäsen,

Forderung betreffend,

ward die vom Beklagten gegen das Erkenntniß des großh. Kreis- und Hofgerichts Freiburg, Appellationssenat, vom 22. Januar d. J., No. 285, eingeführte Oberappellation, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten der dritten Instanz, als unzulässig verworfen.

Die beim Mangel der Oberappellationssumme auf den Grund der Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens erhobene Beschwerde bezeichnete als eine solche Verletzung, daß der Appellationssenat sein rechtskräftiges Urtheil vom 4. Mai 1866 durch das Erkenntniß vom 25. Januar 1867 gegen das Verbot des § 1098 der Pr.O. durch Umwandlung des früher festgesetzten Wahrheitseides in einen Wissenseid selbst wieder abgeändert habe. Diese Beschwerde stellte sich nach den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Erkenntniß vom 3. October 1867 als hinfällig dar, weil §. 1098 auf Urtheile, wodurch auf Eid erkannt wird, nicht unbedingt Anwendung findet, indem nach der ausdrücklichen Bestimmung der Pr.O. (man vergl. §§. 549. 562. 563 das.) in mehreren Fällen bei Aenderung der thatsächlichen Verhältnisse auch Abänderungen des auf einen Eid lautenden rechtskräftigen End-

Digitized by Google

urtheils, insbesondere bezüglich der darin festgesetzten Eidesformel oder der Person des Schwurpflichtigen zulässig und geboten sind. Im vorliegenden Fall nun, wo es im Hinblick auf die §§. 530. 569 der Pr.O. augenscheinlich stillschweigende Voraussetzung beider Parteien und auch des Appellationsurtheils vom 4. Mai 1866 gewesen ist, daß der zugeschobene, angenommene und durch Urtheil festgesetzte Wahrheitseid durch Zehntrechner Pius Hauser, der ihn allein schwören konnte, geleistet werden solle, mußte beim Wegfall dieser Voraussetzung — das durch §. 568 der Pr.O. vorgeschriebene Verfahren behufs der Bestimmung anderer Eidesleister stattfinden, was mit Nothwendigkeit auch die Befugniß und Verpflichtung des betreffenden Gerichts in sich schloß, die früher unter einer andern Voraussetzung festgesetzte Eidesformel nunmehr den jetzigen thatsächlichen Verhältnissen anzupassen und hiernach zu modificiren.

Eine weitere Verletzung einer Prozeßvorschrift soll darin bestehen, daß das Appellationsgericht das im §. 563 No. 1 bezeichnete Verfahren nicht eingehalten hat. Allein wenn auch diese Bestimmung nicht blos auf den Fall, wo die als Prozeßpartei aufgetretene physische Person, sondern auch wo der für eine juristische Person ernannte Eidesleister gestorben ist, Anwendung findet, so bildet die Nichtanwendung dieser Vorschrift, da sie in gegenwärtiger Sache als keine wesentliche erscheint, nach L.R.Z.S. 6k keinen Nichtigkeitsgrund. Der Beklagte hat nämlich in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß ihm noch andere Beweismittel, außer der Eideszuschiebung, zu Gebote standen, daher, wenn dies nicht der Fall, die Nichtberücksichtigung der Vorschrift des §. 563 No. 1 für den Rechtsstand des Beklagten ohne Einfluß ist, — er hat vielmehr gegen die Einleitung eines neuen Beweisverfahrens, wie es §. 563 No. 1 vorschreibt, ausdrücklich sich verwahrt, und kann daher nunmehr dagegen, daß unter diesen Umständen jene Wiederaufnahme unterlassen wurde, sich nicht beschweren.

Red.

158.

Zur Strafrechtspflege.

XVI.

Nichtigkeitsbeschwerde im Falle des Str.G.B. §. 240 Ziff. 2 (Körperverletzung bei Raufhändeln).

Art und Größe der Verletzung bilden in diesem Falle nur vorzügliche Strafausmessungsgründe. Str.P.O. §. 373 Ziff. 7 und Schlußsatz.

Begriff der bleibenden Unfähigkeit zu den Berufsarbeiten, Str.G.B. §. 225 Ziff. 3 und §. 232 Ziff. 2.

Die Anklage gegen die beiden verurtheilten Angeklagten Adam Schmitt von H. und von U., war nach Maaßgabe des Verweißungsbeschlusses dahin gerichtet, daß sie sich am 3. März d. J. in Allenbach vorsätzlich, jedoch ohne Vorbehalt, an Valentin Flößer von dort bei einem Raufhandel thätlich vergriffen, bei welchem Raufhandel Flößer einen Querbruch der linken Kniescheibe erlitt, dessen Urheber unermittelt blieb, und welcher eine 15wöchentliche Krankheit und vollständige Arbeitsunfähigkeit, eine bleibende Beschränkung im Gebrauch des linken Fußes und eine bleibende Unfähigkeit zu den Berufsarbeiten nach sich zog.

Es war hiernach der Fall des Str.G.B. §. 240 Ziff. 2 in Frage. Dieser Fall wurde auch von dem urtheilenden Gericht, der großh. Strafkammer zu Heidelberg, als vorhanden angenommen und Jeder der genannten beiden Angeklagten als der bei einem Raufhandel verübten Körperverletzung des Valentin Flößer schuldig zu einer Strafe von 2 Monaten Kreisgefängniß u. s. w. verurtheilt. Nach der in seinen Entscheidungsgründen gegebenen Ausführung nahm der Gerichtshof hiebei an, daß die betreffende Körperverletzung nach dem Gutachten der Gerichtsärzte eine völlige Arbeitsunfähigkeit von 15 Wochen und einen bleibenden Schaden verursachte, der darin besteht, daß der Beschädigte sich vor großen Anstrengungen im anhaltenden Gehen, schnellen Laufen und Tragen schwererer Lasten hüten muß; daß demgemäß der Verletzte hiedurch jedenfalls in Bezug auf die Befähigung zu seinen Berufsarbeiten als Landwirth wesentlich beschränkt erscheine, obwohl er nicht für bleibend unfähig hiezu erachtet werden könne. Es wurde daher die Verletzung auch als eine (an sich) nicht unter Str. G.B. §. 225 Ziff. 3, beziehungsweise §. 232 Ziff. 2, vielmehr nur unter §. 225 Ziff. 4, beziehungsweise §. 232 Ziff. 3 fallende angesehen, weil keine bleibende Unfähigkeit zu den Berufsarbeiten angenommen wurde.

Hiegegen ergriff die großh. Staatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund der Str.P.O. §. 373

Digitized by Google

Ziff. 7, indem sie geltend machte, der Gerichtshof habe das Gesetz, nämlich den §. 225 Ziff. 3 des Str.G.B. unrichtig ausgelegt, weil er in dem vorliegenden Falle des Str.G.B. §. 240 Ziff. 2, in welchem sich die Strafe vorzugsweise nach Art und Größe der Verletzung richte und demgemäß die Verletzung zum Zweck der Feststellung der Strafe nach den im Gesetz angezogenen §§. 225. 226. 227 des Str.G.B. vom Richter zu qualifiziren sei, die Verletzung nur unter Ziff. 4 u. 5 des §. 225 gestellt und die Voraussetzungen der Ziff. 3 des §. 225 verneint habe, was nur aus dem Grunde geschehen sei, weil die bleibende Verminderung der Fähigkeit zu den Berufsarbeiten mit Unrecht nicht für eine bleibende Unfähigkeit zu denselben erachtet worden sei. (Annalen Jahrg. 1857 S. 300. 383, Dienstverweisung für die Gerichtsärzte §. 52 II. 2.) Weiter wurde geltend gemacht, eine unrichtige Auslegung des §. 225 Ziff. 3 des Str.G.B. liege auch darin, daß der Gerichtshof die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle um deßwillen verneinen zu müssen geglaubt habe, weil die bleibende Beschränkung im Gebrauche eines Gliedes unter §. 225 Ziff. 5 falle, während dieses doch keineswegs ausschließe, daß eine solche Beschränkung unter den Gesichtspunkt einer höheren Strafbarkeit rücke, wenn sie neben der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität noch erhebliche Folgen für die Erwerbsthätigkeit habe, wie es hier der Fall sei.

Das Begehren ging hiernach dahin, daß der höchste Gerichtshof das angefochtene Urtheil aufheben und die Angeklagten nach Maaßgabe der §. 240 Ziff. 2, §. 225 Ziff. 3, §. 232 Ziff. 2 des Str.G.B. der im Raufhandel verübten Körperverletzung schuldig erklären [1]) und in eine angemessene Strafe verurtheilen möge.

Das großh. Oberhofgericht erachtete jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde für unzulässig und wieß dieselbe, gestützt auf folgende Gründe, zurück:

In Erwägung, daß nach Str.P.O. §. 373 Schlußsatz in Vergleichung mit §. 375 die unrichtige Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen kein Nichtigkeitsgrund ist;

in Betracht, daß für Körperverletzungen bei Raufhändeln im Falle des Str.G.B. §. 240 Ziff. 2, wenn die Urheber der einzelnen Verletzungen nicht ausgemittelt werden können und deßhalb alle Theilnehmer, die erweislich mit dem Verletzten gerauft oder sich thätlich an ihm vergriffen haben, zur Strafe gezogen werden (abweichend von dem Falle der Ziff. 1 des §. 240 und von den Fällen der Körperverletzung außer dem Raufhandel, §. 225. 232), nur im Allgemeinen eine Strafe von Gefängniß oder Arbeitshaus bis zu drei Jahren im Gesetze gedroht, die nähere Bestimmung des Maaßes dagegen dem Richter überlassen ist, mithin hier in das Gebiet der Strafausmessung fällt;

in Erwägung, daß die als Anleitung für die richterliche Strafausmessung beigefügte Andeutung, daß das Maaß der Strafe im einzelnen Falle sich vorzüglich nach der Art und Größe der eingetretenen Beschädigungen (§. 225. 226. 227) richten solle, in dieser Beziehung den Stand der Sache nicht wesentlich verändert, da hierin nur eine besondere Hervorhebung von vorzüglichen Strafausmessungsgründen für den fraglichen Fall, eine Ergänzung der in Str.G.B. §. 151 und 152 allgemein angedeuteten Gründe der Strafausmessung, zu finden ist, wogegen hier nicht, wie in den oben bezeichneten anderen Fällen, die Anwendung einer den Strafsatz selbst wesentlich bestimmenden gesetzlichen Classe der Strafabstufung in Frage steht;

in Betracht, daß hiernach die von großh. Staatsanwaltschaft ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde als unzuläßig erscheint u. s. w.

Der Gerichtshof verwarf hiernach die Beschwerde, ohne auf die Prüfung ihres näheren Gehaltes einzugehen.

Eine Minderheit von Stimmen hielt die Nichtigkeitsbeschwerde nicht für unzuläßig, indem sie annahm, daß auch im Falle des §. 240 Ziff. 2 des Str.G.B. die für Körperverletzungen überhaupt vorgezeichneten Classen der Strafabstufung nach dem Erfolg — in erster Reihe stets als maaßgebend anzusehen seien, und daß es sich mithin auch hier, ungeachtet der beigefügten allgemeinen, alle Classen umfassenden Strafdrohung, nicht um eine bloße Strafausmessung, sondern um den gesetzlichen Strafmaaßstab selbst handle, weßhalb die Nichtigkeitsbeschwerde Eingang finden könne.

[1]) Es verdient bemerkt zu werden, daß in diesem Falle das neu zu erlassende Urtheil in seinem Wortlaut mit dem aufzuhebenden Urtheil im Wesentlichen völlig übereingestimmt haben würde, ein Ergebniß, das darauf beruht, daß nach Str.P.O. §. 250 der bestehenden Uebung gemäß die Strafabstufungsclasse im Urtheil selbst nicht, sondern nur in den Entscheidungsgründen angegeben zu werden pflegt. Dieser Umstand würde indessen der Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht im Wege gestanden sein, wenn hier wirklich eine höhere oder niederere Strafabstufungsclasse im Sinne des Gesetzes den Gegenstand der Beschwerde gebildet hätte.

Digitized by Google

Es ist jedoch unseres Erachtens die der oberhofgerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegende Ansicht als die richtigere anzuerkennen, denn dadurch, daß, sowie geschehen, in §. 240 Ziff. 2 für die bezüglichen Fälle zusammengenommen eine allgemeine wesentlich abweichende Strafdrohung an die Stelle der mehrerwähnten Classen der Strafabstufung gesetzt und nur vergleichungsweise (durch die Worte: „deren Maaß im einzelnen Falle sich vorzüglich nach Art und Größe ... richtet) auf jene Classen Bezug genommen wurde, hat sich der ursprüngliche Charakter jener Classen, mit Nothwendigkeit, wesentlich verändert, indem sie hiernach aufhörten, den festen überall entscheidenden Maaßstab der Bestrafung für die darunter gehörigen Fälle zu bilden, und als bloße Fingerzeige für das frei waltende richterliche Ermessen hier in das Gebiet der bloßen Strafausmessung herabsanken. Man kann in dieser Beziehung daran erinnern, wie die nach Str.G.B. §. 385 für den Diebstahl geltenden Erschwerungsgründe durch §. 387 bezüglich des gefährlichen Diebstahls ebenfalls zu einfachen Gründen der Straferhöhung innerhalb der gesetzlichen Grenzen herabgesetzt worden sind; ein ähnliches Verhältniß findet hinsichtlich der Strafabstufungen nach dem Erfolg in den Fällen der Ziff. 2, sowie auch 3 und 4 des §. 240 Statt [2]), und die nähere Vergleichung der Fälle der Ziffern 3 und 4 mit denen der Ziff. 2 macht es, unserer Meinung nach, hinreichend klar, daß und warum in allen betreffenden Fällen die Strafabstufungen nach dem Erfolg hier nicht den fest entscheidenden Maaßstab für die Bestrafung bilden sollen und können, obwohl die Körperverletzung bei Raufhändeln keineswegs, wie es früher öfter unrichtig angenommen wurde, von der Körperverletzung im Allgemeinen als ein ganz besonderes Vergehen starr zu trennen ist. [3])

Was die Sache selbst betrifft, auf welche das Oberhofgericht nach Obigem nicht einzugehen in der Lage war, so erscheint uns die Ansicht der Staatsanwaltschaft über den Begriff der Arbeitsunfähigkeit und die Bedeutung einer blos beschränkten Arbeitsunfähigkeit (der Verminderung der Fähigkeit zum Arbeiten), allerdings im Wesentlichen als die richtige. [4]) Dieselbe wurde auch von dem großh. Oberstaatsanwalt bei dem Oberhofgericht in der mündlichen Verhandlung mit aller Entschiedenheit festgehalten und vertheidigt, und es wurde hiebei zugleich auf die Rechtsübung hingewiesen. [5])

---

[2]) Daß der in Vergleichung gebrachte Fall nicht in allen Beziehungen mit dem vorliegenden übereintrifft, in welchem es sich nicht um Erschwerungsgründe, sondern um höhere Strafabstufungen handelt, soll selbstverständlich nicht verkannt werden. In ihrer Wirkung kommen aber gleichwohl diese Abstufungen jenen Gründen sehr nahe, wenn nicht gleich.

[3]) Vergleiche unsere Ausführung im Magazin für badische Rechtspflege Bd. 4 S. 332 Note 11 und hiezu Annalen Bd. 29 S. 85, S. 209 und 288. Die Unstatthaftigkeit einer solchen Trennung beider Verbrechen wurde von der Minderheit ebenfalls geltend gemacht.

[4]) Man vergleiche zu den von der Staatsanwaltschaft angeführten Abhandlungen ferner Magazin Bd. 3 S. 181—183.

In gleichem Maaße, wie eine nicht ganz unerhebliche, wenn auch beschränkte Unfähigkeit zum Arbeiten (eine Verminderung der Arbeitsfähigkeit), immerhin noch unter den Begriff der Arbeitsunfähigkeit überhaupt im Sinne des Gesetzes gehört, muß auch eine bleibende, wenngleich beschränkte Unfähigkeit zu den Berufsarbeiten, sofern sie nicht als ganz unerheblich erscheint, als unter den Begriff der bleibenden Unfähigkeit zu den Berufsarbeiten (Str.G.B. §. 225 Ziff. 3) gehörend anerkannt werden. Nur im Falle der Ziff. 1 des §. 225 gestaltet sich wohl die Sache insofern etwas anders, als hier eine bleibende Unfähigkeit zu jederlei Arbeiten vorausgesetzt wird, wie der Gegensatz zu Ziff. 3 Schlußsatz zu erkennen gibt. Dieser Gegensatz wurde von Jagemann in seiner Abhandlung über Körperverletzung (Beiträge zur Erläuterung der neuen Strafgesetzgebung S. 392) völlig verkannt. Auch in der früheren gerichtlichen Wund- und Leichenschauordnung war dieser Gegensatz nicht besonders beachtet. Vergleiche aber jetzt §. 51 und 52 der Dienstweisung für Gerichtsärzte, worin die Unfähigkeit zu jeder Erwerbsthätigkeit und auch die verminderte Fähigkeit hiezu und zu den bisherigen Berufsgeschäften besonders hervorgehoben ist. S. auch Puchelt Str.G.B. §. 225 Note 2 u. 8.

[5]) Das frühere Hofgericht in Bruchsal sah sich durch die häufig wiederkehrende Wahrnehmung unrichtiger Auffassung der Begriffe der Krankheit und Arbeitsunfähigkeit von Seiten einzelner Gerichtsärzte, wovon schon in den Annalen vom Jahr 1857 S. 300. 383 berichtet wurde, seiner Zeit veranlaßt, eine Abhilfe hiegegen bei der höchsten Sanitätsbehörde in Anregung zu bringen. Die Sache wurde auch dort unter theilweiser Anerkennung des Mißstandes in Erwägung gezogen, man trug jedoch Bedenken eine allgemeine Belehrung über den angeregten Gegenstand zu erlassen, zog es vielmehr vor, in einzelnen Fällen geeignete Belehrungen hiewegen zu ertheilen.

In der neuen Dienstweisung für die Gerichtsärzte wurde sodann, wie schon in der vorigen Note angedeutet wurde, einige Vorsorge in Betreff des fraglichen Punktes getroffen, insoweit solche bei der Schwierigkeit, durchgreifende feste Bestimmungen hierüber in Bezug auf alle Fälle zu geben, und ohne bedenklichen Eingriff in das Gebiet des Strafgesetzbuchs selbst, thunlich schien.

Es kommt bei Entscheidung der Frage der Arbeitsunfähigkeit, wie der Krankheit allerdings immer sehr viel auf die bes

Digitized by Google

Wir haben auch allen Grund zur Annahme, daß in Bezug auf die angeregte Frage, wenn sie bei dem Oberhofgericht zur Entscheidung gekommen wäre, eine Meinungsverschiedenheit sich nicht ergeben haben würde.

E. Brauer.

159.

Zur Förmlichkeit alter öffentlicher Urkunden genügt die Beidrückung der Siegel der Betheiligten auch ohne Unterschrift.

—. Solche Urkunden von Guts- und Gerichtsherrschaften, bei deren Errichtung damals die untergebenen (leibeigenen) Gutsangehörigen nicht mitgewirkt hatten, hatten diesen gegenüber dennoch Beweiskraft.

Das Schäfereirecht, welches der deutschen Gutsherrschaft entsprungen, ist in der Regel nicht beschränkt, eine Beschränkung desselben daher im einzelnen Falle nachzuweisen.

Unständige Dienstbarkeitsrechte werden nicht schon durch den Eintritt der einfachen Thatsache blosen Nichtgebrauchs ganz oder theilweise verloren, sondern die Nichtausübung muß unter Verhältnissen begonnen haben, welche die Absicht erkennen lassen, die Dienstbarkeit ganz oder theilweise aufzugeben.

L.R.S. 708. 707 vergl. mit 2232. 2232a.

In Sachen
des Freiherrn v. Falkenstein zu Oberrimsingen, Klägers, Appellanten, Oberappellanten
gegen
die Gemeinde Oberrimsingen, Beklagte, Appellatin, Oberappellatin,
Schaafwaidrecht betreffend.

Der Kläger nahm das unbeschränkte Waidrecht zu offenen Zeiten auf den Wiesen in der Gemarkung der Beklagten in Anspruch, während die Letztere das Recht der Bewaidung nur in beschränktem Maaße, bei trockener Witterung — anerkannte.

Auf erfolgte Zurückweisung seines Anspruchs im ersten und zweiten Rechtszuge beschwerte sich der Erstere im Wege der Oberappellation und begehrte die Verurtheilung der Beklagten nach seinem Klaggesuche.

Dieses Begehren wurde von großh. Oberhofgericht als begründet angesehen und abändernd erkannt:

> es stehe dem klagenden Theil das Recht zum Waiden seiner Schaafheerde auf den in der Gemarkung Oberrimsingen gelegenen Wiesen in offenen Zeiten ohne Unterschied zwischen trockener und nasser Witterung zu, die beklagte Gemeinde habe dieses Recht anzuerkennen und sich jeder Störung in Ausübung desselben bei Vermeidung einer dem Kläger zufallenden Geldbuße von 50 fl. für jeden Zuwiderhandlungsfall zu enthalten,

da, wie sich aus folgenden Entscheidungsgründen ergibt, die Klage genügend erwiesen, und durch Gegenbeweis nicht entkräftet, auch durch Einreden nicht zerstört erschien:

„Was den Beweis des klägerischen Anspruchs betrifft, so liegt derselbe in der vorgelegten und anerkannten öffentlichen Urkunde vom 16. September 1621 über den Verkauf der Orte Haußen und Oberrimsingen von Seiten des Gotteshauses Güntherstal an den Vorfahren des Klägers, Hans Erhardt v. Falkenstein.

Hinsichtlich ihrer Form und Beweiskraft kann diese Urkunde mit Grund nicht beanstandet werden. In ersterer Hinsicht entspricht dieselbe dem, was zu jener Zeit überhaupt, insbesondere in jener Gegend, rechtsüblich war; es genügt die Beidrückung der Siegel der Betheiligten auch ohne Unterschrift.

> Oberhofgerichtliche Jahrbücher Bd. I. S. 281 ff.*), s. auch
> Annalen Bd. 14 S. 263.

Hinsichtlich ihrer Beweiskraft im Allgemeinen und gegenüber den Gemeindeangehörigen von Oberrimsingen sind die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, welche zur Zeit der Urkundenerrichtung bestanden, zu beachten. Beide vertragschließenden Theile haben damals als Guts- und Gerichtsherrschaften nach der ihnen zustehenden Befugniß den bezüglichen Act vorgenommen und beurkundet und dabei ihre untergebenen (leibeigenen) Gutsange-

sonderen Umstände des einzelnen Falles an, und man kann leicht auch in der entgegengesetzten Richtung zu weit gehen.

*) Siehe auch Jahrb. n. F. Bd. VIII. S. 259.

Digitized by Google

hörigen, die ein selbstständiges Recht zur Vertretung bei dem Akte gar nicht hatten, nach damaligen Rechtsanschauungen gesetzmäßig mit vertreten, weßhalb der Beurkundung auch den genannten Angehörigen gegenüber die Beweiskraft nicht anzusprechen ist. Vrgl. auch Annalen Band 31 S. 45. 46.

Uebrigens hat sich die Beklagte selbst und zwar zuerst auf diese Urkunde berufen, muß sie daher schon deßhalb gegen sich gelten lassen. In dem Vorprozeß vom Jahr 1864, in Sachen des jetzigen Klägers gegen die jetzige Beklagte, Waidrecht betreffend, hat die Beklagte sogar durch ihren Vertreter ausdrücklich erklärt, es werde zugegeben, daß der Kläger für das angesprochene Waidrecht die in der Klage angeführten zweifellosen Beurkundungen habe.

Der Inhalt der Urkunde aber spricht entschieden für den Kläger, da an verschiedenen Stellen derselben ꝛc., unter den zugehörigen Rechten — der Schäfereien, beziehungsweise des Schäferhofes sammt der Schäferei ohne alle Beschränkung gedacht wird, wie dieses der historischen Natur der deutschen Gutsherrschaft vollkommen entspricht. (Vergl. Bluntschli, Privatrecht §. 88.)

Hiernach wäre es Sache der Beklagten gewesen, ihrerseits im Wege des Gegenbeweises die behauptete Beschränkung darzuthun, eine Beschränkung, die an sich jedenfalls eine nicht gewöhnliche ist und überdies nach Maaßgabe des §. 5 in Vergleichung mit §§. 3. 4 und 5 der landesherrlichen Verordnung über die Ausübung der Schaafwaidegerechtigkeit vom 12. Mai 1818 (Reggsbl. No. 11), nicht unterstellt werden darf, wenn nicht eine besondere vertragsmäßige Uebereinkunft wegen der fraglichen Beschränkung, oder ein bezügliches, gesetzlich entscheidendes Herkommen nachzuweisen ist.

Einen solchen Vertrag oder ein solches Herkommen hat nun die Beklagte überall nicht nachgewiesen; sie hat nicht einmal irgend einen bestimmten Erklärungsgrund für die Einführung einer Beschränkung, wie der behaupteten, beizubringen vermocht, im Gegentheil geht aus den angerufenen und anerkannten Acten des schon erwähnten Vorprozesses, sowie des anderen Vorprozesses vom Jahr 1863 in Sachen der jetzigen Beklagten gegen Freiherrn von Falkenstein wegen Aufhebung eines Schaafwaide- und Wegrechts allermindestens so viel hervor, daß die Gemeinde Oberrimsingen, wenn sie das klägerische Waidrecht nicht durchgängig als ein ganz unbeschränktes anerkannte, immerhin in Bezug auf die Art der angedeuteten Beschränkungen schwankende und wechselnde Behauptungen aufstellte.

Die Aussagen der abgehörten Zeugen über die Art der Ausübung des fraglichen Waidrechts in den letzten drei Jahrzehnten lauten allerdings, soweit sie reichen, vorwiegend günstig für die Beklagten, am günstigsten die des Schäfers Heitzmann, der ohne hinreichenden Grund als ein beizuladender Partheibetheiligter im Sinne des Pr.O. §. 122 Schluß und §. 123 behandelt und unbeeidigt vernommen wurde, allein diese Aussagen können als ein zulässiger und erheblicher Gegenbeweis gegen den Inhalt der obigen Urkunde, namentlich zur Auslegung einer Urkunde, deren Entstehung so fern liegt, nicht dienen, wie sie denn auch gar nicht in dieser Richtung, vielmehr nur zum Beweis der Einrede der dreißigjährigen Verjährung gemäß L.R.S. 708 in Verbindung mit L.R.S. 707 angerufen wurden.

Was endlich diese Einrede, die behauptete Erlöschung des etwa früher weitergehenden Waidrechts durch Nichtgebrauch, beziehungsweise beschränkten Gebrauch während eines Zeitraums von 30 Jahren betrifft, so ist diese einzige von der Beklagten vorgeschützte Einrede nicht geeignet, den erhobenen und erwiesenen Klaganspruch zu zerstören.

Nach der Bestimmung des L.R.S. 708 in Vergleichung mit L.R.S. 707 kann zwar auch die Art, wie eine Dienstbarkeit ausgeübt wird, durch solche Verjährung verändert werden, und bei unständigen Dienstbarkeiten ist zum Beginn der Versitzung, nicht wie bei selbstständigen, eine mit der Dienstbarkeit im Widerspruch stehende Handlung des Belasteten oder Berechtigten erforderlich, sondern die Versitzung nimmt ihren Anfang von dem Tage, wo man aufgehört hat, sie zu benutzen.

Gleichwohl ist bei Anwendung des L.R.S. 708 auf unständige Dienstbarkeiten, deren theilweise Erlöschung durch bloßen Nichtgebrauch bewirkt werden soll, die allgemeine Bestimmung des L.R.S. 2232. 2232 a über Handlungen freier Willkühr und bloßer Nachsicht gebührend zu berücksichtigen.

Es würde zu völlig unstatthaften praktischen Ergebnissen führen, wenn man die bloße Unterlassung von Seiten des Dienstbarkeitsberechtigten, die Dienstbarkeit in dieser oder jener Stunde des Tags oder der Nacht, auf diesem oder jenem, etwa minder bequemen oder genehmen Orte, auf die eine oder andere zu Gebot ste-

Digitized by Google

hende Weise jederzeit auszuüben, schon als zur Versitzung hinreichend, geltend lassen wollte; es kann daher nicht im Sinne des Gesetzes liegen, das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten in solcher Weise zu beeinträchtigen und der fortdauernden Gefahr theilweiser Erlöschung schutzlos Preis zu geben, vielmehr muß die theilweise Nichtausübung, namentlich deren Anfang immerhin unter solchen Umständen stattgefunden haben, daß hieraus auf die Absicht, eine Aenderung in der Ausübung zu treffen, nicht nach Belieben von dem betreffenden Rechte einen erlaubten Gebrauch zu machen oder Nachsicht zu üben, mit genügender Sicherheit geschlossen werden kann, wie auch in der französischen Rechtslehre mehr und mehr erkannt wird.

Demolombe, des servitudes nro. 1029. 1030 seq. cf., nro. 1026. 1027.

Aubry et Rau, cours de droit (Zachariae) § 255.

Vergl. auch Toullier, t. 3 nro. 645. 703 seq.

Nach Maaßgabe dieser Grundsätze kann eine Erlöschung durch Verjährung bei dem Mangel solcher Umstände, wie sie hiernach vorauszusetzen sind, im vorliegenden Falle nicht angenommen werden. Es sind solche Umstände von der Beklagten gar nicht behauptet worden, und sie ergaben sich auch nicht aus der Aussage der Zeugen, deren nähere Würdigung weiter nicht nöthig erscheint. ꝛc.

Red.

160.

Beweiserkenntniß über stillschweigende Einwilligung. L.R.S. 1108 a. b. §. 376. 1 der PrO.

In Sachen
des Johann Peter Stüpfert, Korbmachers in Pforzheim, Klägers, Appellanten, Oberappellaten
gegen
Ernst Dillmann, Bijouteriefabrikanten daselbst, Beklagten, Appellaten, Oberappellanten,
Fensterrecht betreffend,

hatte der Beklagte sich darüber beschwert, daß, obwohl er auch behauptet, der Kläger selbst habe nach seiner Rückkehr von Basel die Anbringung der Aussichtsfenster an des Beklagten Neubau stillschweigend genehmigt, diese Behauptung, die widersprochen worden, nicht zum Beweise ausgesetzt worden sei, allein in den Entscheidungsgründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. November 1867 ward anerkannt, daß es in dieser Allgemeinheit nicht geschehen konnte, weil eine stillschweigende Erklärung keine Thatsache bilde, sondern durch Schlußfolgerung aus Thatsachen sich ergebe, daher nur diese letzteren, aber nicht jene Schlußfolgerung Gegenstand eines Beweiserkenntnisses sein können. Red.

Anzeige.

Mit No. 48 wird das zweite Semester des Jahres 1867, und damit der **XXXIII.** Band der Annalen geschlossen.

Für die Zukunft werden die Annalen in 24 Doppelnummern (à 2 Bogen) ausgegeben werden und bin ich zu dieser Aenderung durch den neuen Posttarif gezwungen, da bei der bisherigen Erscheinungsweise die Postprovision eine unverhältnißmäßig hohe geworden wäre.

Auch zukünftig wird in den Beilagen die Tagesordnung des Oberhofgerichts mitgetheilt werden.

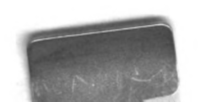
Die großherzoglichen Postämter wie die Buchhandlungen sind in den Stand gesetzt, die Zeitschrift ohne Preiserhöhung zu liefern und wollen die Bestellungen auf das Jahr 1868 gefälligst bald gemacht werden.

Mannheim im Dezember 1867.

Buchhandlung von J. Bensheimer.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Stempf. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Digitized by Google



Digitized by Google

